Hans Mönnig

Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0045

B Ü R G S C H A F T

F Ü R E I N E

W E C H S E L V E R B I N D L I C H K E I T

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

H A N S M Ö N N I G

aus Münster (Westf)

1966

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dietrich Reinicke
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans Brox
Dekan: Prof. Dr. Hans Brox
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Inhaltsübersicht

		Seite
	Einleitung	... 1
§ 1	Die Entstehung der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit	... 3
I.	Die Begründung der Bürgschaft durch Vertrag	... 3
1.	Verhältnis der Wechselbürgschaft zur Bürgschaft	... 3
2.	Rechtslage bei fehlender Bezeichnung des Hauptschuldners	... 6
II.	Umdeutung der nichtigen Wechselbürgschaft in eine Bürgschaft	...12
III.	Bürgschaft beim präjudizierten Wechsel	...29
§ 2	Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen Irrtums über die Art der Bürgschaft	...31
§ 3	Die rechtliche Wirkung und Behandlung der Bürgschaft	...40
I.	Akzessorische Haftung des Bürgen	...40
II.	Übergang der Bürgschaftsrechte durch Indossierung des Wechsels	...46
§ 4	Wirkungen der Zahlung durch den Bürgen	...55
I.	Erwerb der Wechselforderung gegen den Hauptschuldner	...55
II.	Erwerb der Wechselforderungen gegen die Vor- und Nachmänner	...55
1.	Ansprüche gegen die Vormänner	...56

			Seite
2.		Ansprüche gegen die Nachmänner	... 60
	a)	Die Nachmänner waren selbst Bürgschaftsgläubiger	... 61
	b)	Die Nachmänner waren nicht Bürgschaftsgläubiger	... 62
	c)	Abweichende Vereinbarung	... 86
III.		Sonstige Fragen	... 89
1.		Rechtserwerb des Bürgen und Übergabe des Wechsels	... 90
2.		Fehlende formelle Legitimation des Bürgen	... 92
	a)	Befugnis des Bürgen zur Protesterhebung	... 92
	b)	Befugnis des befriedigten Gläubigers zur Geltendmachung der Ansprüche des Bürgen	... 94
	c)	Befugnis des Bürgen zur Indossierung	... 96

Literaturverzeichnis

Baumbach-Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz 8.Aufl., München und Berlin 1965
Bender	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts JZ 1957, 592
Bernstein	Allgemeine Deutsche und Allgemeine Oesterreichische Wechselordnung Breslau 1898
Bernstein	Anmerkung zum RG-Urteil vom 29.6.1926 - 72/26 II in JW 1926, 2908
Bernstein	Ansprüche aus formungültigen Wechseln JW 1926,494
Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht 3.Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1964
Breit	Schattenkultus und Gespensterfurcht in Wechselprotestjudikatur und Wechselprotestwissenschaft ZBH 28,288
Brox	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung Karlsruhe 1960
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz Berlin 1964
v. Canstein	Lehrbuch des Wechselrechts Berlin 1890
Diederichsen	Der"Vertragsschluß"durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben JuS 1966, 129
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, IV.Band 3.Aufl, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932

Engisch	Einführung in das juristische Denken 3.Aufl., Stuttgart 1964
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband 15.Aufl., Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Band 3.Aufl., Münster 1962
Esser	Schuldrecht 2.Aufl., Karlsruhe 1960
Fabricius	Stillschweigen als Willenserklärung JuS 1966, 1, 50
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band - Das Rechtsgeschäft Berlin-Heidelberg-New York 1965
Fuchs	Kalkulationsirrtum und Rechenfehler LZ 1926, 18
Grünhut	Wechselrecht, Zweiter Band Leipzig 1897
Haager	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 6.4.1961 - II ZR 119/60 LM § 774 BGB Nr.4
Hartmann	Der Rückgriff solcher Bürgen, die sich für einzelne Gesamtschuldner verbürgt haben Diss. Rostock 1910
Heck	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz Tübingen 1932
Heck	Das Problem der Rechtsgewinnung Tübingen 1932
Heck	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz AcP 112, 1

Hirsch	Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 2.Band, Marburg 1931
Hueck	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 22.11. 1956 - II ZR 222/55 JZ 1957, 222
Hueck	Recht der Wertpapiere 9.Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1963
Jacobi	Wechsel- und Scheckrecht Berlin 1955
Jerusalem	Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des BGB-Bürgen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners NJW 1962, 725
Kessler	Kommentar zum Wechselgesetz Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
Klausing	Wechsel- und Scheckrecht Marburg 1930
Knur-Hammerschlag	Kommentar zum Wechselgesetz Bonn 1949
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil 9.Aufl., München und Berlin 1964
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15.Aufl., Berlin 1966
Leonhard	Allgemeines Schuldrecht des BGB München und Leipzig 1929
Locher	Das Recht der Wertpapiere Tübingen 1947
Manigk	Das rechtswirksame Verhalten Berlin 1939

Mansfeld	Wechsellegitimation und Wechselberechtigung LZ 1912, 577
Michaelis	Wechselrecht Berlin und Leipzig 1932
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II Berlin und Leipzig 1888
Neis	Der Wechsel und seine Deckung Berlin 1939
Oertmann	Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen - Allgemeiner Teil 3.Aufl., Berlin 1927
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 25.Aufl., München und Berlin 1966
Philipp	Lexikon-Kommentar zur Wechselordnung Berlin 1931
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, (§§ 1 - 240) 4. Aufl., Berlin 1913 III. Band, 2. Hälfte, (§§ 1113 - 1296) 5. Aufl., Berlin 1938
Plassmann	Nochmals: Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums JR 1948, 209
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I Berlin 1897
Quassowski-Albrecht	Wechselgestz Berlin 1934
Regelsberger	Gesetz und Rechtsanwendung JhJ 58, 146
Rehfeldt	Wertpapierrecht 7.Aufl., München und Berlin 1963

Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch 11. Aufl., I. Band, 2. Teil (§§ 241 - 432) Berlin 1960 II.Band, 2.Teil (§§ 705 - 853) Berlin 1960 III.Band, 2.Teil(§§ 1012 - 1296) Berlin 1963
Reichsgerichtsrätekommentar	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band (§§ 343 - 372) 2. Aufl., Berlin 1963
Reinicke, D.	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof Jus 1964, 421
Reinicke, D.	Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wechsel- und Scheckrecht WM 1963, 1142
Reinicke, D.	Die Umdeutung nichtiger Wechsel Betrieb 1960, 1028
Reinicke, D.	Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit WM 1961, 466
Reinicke, G. und D.	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (II) NJW 1955, 1662
Reinicke, G. und D.	Die Unterschrift auf der Rückseite eines Wechsels zu Garantiezwecken BB 1956, 387
Rilk	Kommentar zum Wechselgesetz Leipzig 1933
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., München und Berlin 1961
Rosenthal-Bohnenberg	Bürgerliches Gesetzbuch 15. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1965

Rümelin	Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre Tübingen 1930
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 3. Band 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1965
Schulz	Rückgriff und Weitergriff Breslau 1907
Schumann	Handelsrecht, Band II Wiesbaden 1954
v. Schwerin	Wechsel- und Scheckrecht Berlin 1934
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch 9. Aufl., I. Band (§§ 1 - 432) Stuttgart 1959 II.Band (§§ 433 - 853) Stuttgart 1962 III.Band (§§ 854 - 1296, WEG, Erbbau VO, SchRG) Stuttgart 1960
Stanzl	Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht Graz-Köln 1957
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 3. Band (§§ 343 - 375) 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933
Staub-Stranz	Kommentar zum Wechselgesetz 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1934
Staub-Stranz	Kommentar zur Wechselordnung 12. Aufl., Berlin und Leipzig 1929
v.Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, Allgemeiner Teil 11. Aufl., Berlin 1957 II.Band, Recht der Schuldverhältnisse 1. Teil 9.Aufl.,München-Berlin-Leipzig 1930

	II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil, Lieferung 2 11. Aufl., Berlin 1959
	III. Band, Sachenrecht, 2. Teil 11. Aufl., Berlin 1963
Stoll	Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz Festgabe für Heck, Rümelin und Schmidt Beilage zu AcP 133, 60
Stranz	Wechselgesetz 14. Aufl., Berlin 1952
Tank	Die Abtretung von Wechselforderungen ohne Indossament NJW 1958, 658
Titze	Lehre vom Mißverständnis Berlin 1920
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte München und Leipzig 1914
Uhlmann	Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage LZ 1931, 129
Ulmer	Das Recht der Wertpapiere Stuttgart-Berlin 1938
Warneyer	Das Wechselgesetz Berlin 1934
Weigelin	Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums JR 1947, 108
Wendt	Die exceptio doli generalis im heutigen Recht AcP 100, 1
Westermann	Sachenrecht 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wolff-Raiser	Sachenrecht 10. Aufl., Tübingen 1957

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Art.	Artikel
BArbG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Diss.	Dissertation
Fußn.	Fußnote
GrS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JhJ	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht

RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RN	Randnummer
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RVO	Reichsversicherungsordnung
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
WarnRspr	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WO	Wechselordnung
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Wenn Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts mit privat- oder öffentlichrechtlichen Sonderbestimmungen zusammentreffen, so kommt es häufig zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Rechtsfindung. Man denke etwa an die Konkurrenz zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen bei der Vererbung des Gesellschaftsanteils an einer OHG[1] oder an den Konflikt zwischen bürgerlichem Recht, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht bei der Verletzung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitskameraden[2].

Zu manchen Zweifelsfragen führt auch die Berührung zwischen bürgerlichem Recht und Wechselrecht bei der (bürgerlichrechtlichen) Bürgschaft[3] für eine Wechselverbindlichkeit. Diese Institution ist nicht identisch mit der in den Art.30 ff WG geregelten Wechselbürgschaft und daher von dieser zu unterscheiden. Beiden Bürgschaftsarten ist zwar die Verpflichtung gemeinsam, für die Verbindlichkeit eines Wechselschuldners, sei es des Annehmers, des Ausstellers, eines Indossanten oder auch eines Wechselbürgen (vgl.Art.47 Abs.1 WG) einstehen zu müssen; sie weichen aber sowohl in der Form als auch in der Wirkung voneinander ab. Als Form schreibt § 766 S.1 BGB für

---

1) Vgl.dazu BGH NJW 1957/180 f = JZ 1957/220 ff mit Anm. von Hueck.

2) Siehe dazu BArbG (GrS) NJW 1958/235 ff; inzwischen ist die Sache iS. dieser Entscheidung in § 637 RVO geregelt.

3) Im folgenden werden Bürgschaft und Bürge nach bürgerlichem Recht kurz Bürgschaft und Bürge genannt; sind Wechselbürgschaft und Wechselbürge gemeint, so werden diese stets als solche bezeichnet.

die Bürgschaft schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung vor, die handelsrechtliche Bürgschaft ist gemäß § 350 HGB sogar formfrei; für die Wechselbürgschaft fordert Art.31 WG dagegen eine Erklärung des Bürgen auf dem Wechsel. In den Wirkungen unterscheiden die Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit und die Wechselbürgschaft sich dadurch voneinander, daß die Wechselbürgschaft eine selbständige, nicht akzessorische Wechselverpflichtung des Bürgen begründet, während die Bürgschaft keine eigene Wechselschuld des Bürgen entstehen läßt, vielmehr die nichtwechselrechtliche, akzessorische Verpflichtung zum Gegenstand hat, für die Verbindlichkeit eines Wechselschuldners haften zu müssen[1]. Die Wechselbürgschaft ist eine rein wechselrechtliche Einrichtung; ihre Wesensverschiedenheit von der gewöhnlichen Bürgschaft verbietet die - auch nur ergänzende - Anwendung der §§ 765 ff BGB, so daß ihre Rechtsfolgen sich ausschließlich nach Wechselrecht richten[2].

Anders ist die Rechtslage dagegen bei der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit. Diese folgt als Einrichtung des bürgerlichen Rechts grundsätzlich dessen Regeln; der Charakter der Hauptverbindlichkeit als Wechselschuld zwingt aber zur Beachtung auch wechselrechtlicher Grundsätze. Dieses Nebeneinander von bürgerlichem Recht und Wechselrecht bereitet die Hauptschwierigkeiten bei der Behandlung der Bürgschaft für eine Wechselschuld. Darüberhinaus enthält sie allerdings auch rein bürgerlichrechtliche sowie rein wechselrechtliche Fragen.

---

1) Hueck, Recht der Wertpapiere, 9.Aufl., S.79; D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961/466 (467).

2) Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 8.Aufl., Art. 30 WG, Anm.1; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.30, Anm.2; Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl., Art.30 Anm.1.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll es sein, die Probleme, die bei der Sicherung einer Wechselverbindlichkeit durch eine Bürgschaft entstehen, systematisch zu erörtern.

§ 1 Die Entstehung der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit

I. Die Begründung der Bürgschaft durch Vertrag

Die Begründung der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit bietet in der Regel keine Besonderheiten. Wie jede Bürgschaft erfordert sie gemäß § 765 Abs.1 BGB einen Vertrag zwischen dem Bürgen und dem (Wechsel-)Gläubiger, in dem der Bürge für die Verbindlichkeit eines (Wechsel-)Schuldners einzustehen verspricht. Für die Erklärung des Bürgen schreibt § 766 S.1 BGB Schriftform vor; diese Formvorschrift gilt nicht, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist (§ 350 HGB).

1.) Verhältnis der Wechselbürgschaft zur Bürgschaft

Da die für die Wechselbürgschaft vorgeschriebene Form - Erteilung der Bürgschaftserklärung auf dem Wechsel oder einem Anhang nebst Unterschrift des Bürgen - regelmäßig[1] der für die zivilrechtliche Verbürgung erforderlichen Form des § 766 S.1 BGB entspricht, stellt sich die Frage, ob eine Bürgschaft auch durch die Eingehung einer Wechselbürgschaft übernommen werden kann, mit anderen Worten, ob jede Wechselbürgschaft

---

1) Ob die Form des § 766 S.1 BGB auch dann eingehalten ist, wenn die Wechselbürgschaft lediglich durch Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels gem. Art.31 Abs.3 WG begründet worden ist, wird unten S.17 ff behandelt; die Frage wird dort bejaht.

gleichzeitig auch eine Bürgschaft enthält. Die Frage ist umso mehr gerechtfertigt, als beide Bürgschaftsarten auch in materiellrechtlicher Hinsicht die Gemeinsamkeit haben, daß der Bürge für die Wechselverbindlichkeit des Hauptschuldners einstehen muß.
Man könnte geneigt sein, die Frage als rein theoretisch abzutun; die praktische Bedeutung zeigt sich jedoch beispielsweise in der längeren Verjährungsfrist der Bürgschaft (vgl. § 195 BGB) gegenüber der Wechselbürgschaft (vgl. Art.32 Abs.4, 70 Abs.1 und 2 WG). Wenn demnach jede Wechselbürgschaft eine zivilrechtliche Verbürgung mitenthält, so kann der Gläubiger auch nach Verjährung der Wechselbürgschaft noch aus der Bürgschaft gegen den Bürgen vorgehen.

Es ist indessen nicht gerechtfertigt, in der Wechselbürgschaft gleichzeitig eine zivilrechtliche Verbürgung zu sehen.[1] Der Gesetzgeber hat in den Art.30 ff WG die selbständige Institution der Wechselbürgschaft geschaffen, die in ihren Rechtswirkungen von der Bürgschaft erheblich abweicht. So haftet der Bürge nach §§ 767, 768 BGB in vollem Umfange akzessorisch, d.h. er kann sich auf alle Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners berufen; demgegenüber kann der Wechselbürge gemäß Art.32 Abs.2 WG nur die Formnichtigkeit der Hauptverbindlichkeit geltend machen.

Unterschiedliche Rechtswirkungen äußert auch die Zahlung der Wechselsumme durch den Bürgen und den Wechselbürgen. Der zahlende Bürge erwirbt gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB die Wechselforderung behaftet mit allen Einwendungen und Einreden, die auch dem befriedigten Gläubiger gegenüber begründet waren (§§ 412, 404 BGB). Löst dagegen der Wechselbürge den Wechsel ein, so können ihm Einwendungen und Einreden nur im Rahmen

---

1) RGZ 4,10; 40, 57 (60); Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.682; Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.32 Anm.13.

des Art.17 WG entgegengehalten werden[1], er braucht sich also die gegen den befriedigten Wechselgläubiger begründeten Einwendungen persönlicher Art nur dann gefallen zu lassen, wenn er die Wechselrechte bewußt zum Nachteil des Schuldners erworben hat.

Diese unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Bürgschaftsarten darf nicht dadurch verwässert werden, daß man den Wechselbürgen stets auch als bürgerlichrechtlichen Bürgen haften läßt, mag auch die Haftungserklärung die formellen und materiellen Voraussetzungen der Bürgschaft erfüllen.

Allerdings bestehen wegen der im Privatrecht grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit keine Bedenken dagegen, daß Bürge und Gläubiger neben und mit der Wechselbürgschaft auch eine zivilrechtliche Verbürgung vereinbaren[2]. Man wird es sogar für zulässig halten können, daß die Vertragsschließenden einer Verbürgung in wechselmäßiger Form ausschließlich die Wirkungen der gewöhnlichen Bürgschaft beilegen[3]. Wenn jedoch ein solcher Wille aus dem Wechsel selbst nicht hervorgeht, so wirkt eine derartige Absprache nur gegenüber dem ursprünglichen Bürgschaftsgläubiger. Spätere gutgläubige Indossatare können sich wegen der wechselmäßigen Form der Bürgschaftserklärung auf die wechselrechtliche Haftung des Bürgen verlassen. Dieser hat den Rechtsschein einer bestehenden Wechselbürgschaft gesetzt; infolgedessen haftet er nach allgemeinen wechselrechtlichen Grundsätzen[4] im Interesse der Verkehrsfähigkeit des Wechsels dem gutgläubigen Erwerber wie ein Wechselbürge.

---

1) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.32,Anm.3;Staub-Stranz, 13.Aufl., Art.32 Anm.7.
2) RGZ 40, 57 (60);Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.32,Anm.13.
3) RGZ 40, 57 (60); Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht,S.681.
4) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.17 WG Anm.14; und WPR Anm.31; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.105 ff; Rehfeldt, Wertpapierrecht, 7. Aufl., S.16 f.

In der Regel hat also eine in wechselmäßiger Form abgegebene Verbürgung nur die Wirkungen der Wechselbürgschaft. Soll daneben oder ausschließlich eine Bürgschaft begründet werden, so muß das als Abweichung vom Normalfall zum Ausdruck gebracht werden.

2.) Rechtslage bei fehlender Bezeichnung des Hauptschuldners

Bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages für eine Wechselverbindlichkeit ist die Besonderheit zu beachten, daß - anders als beim Normalfall der Bürgschaft - dem Gläubiger mehrere Verpflichtete gegenüberstehen. Der Wechselgläubiger kann die Zahlung der Wechselsumme vom Akzeptanten, vom Aussteller, von allen Indossanten und von einem möglicherweise vorhandenen Wechselbürgen verlangen; diese haften ihm gemäß Art.47 WG als Gesamtschuldner. Dementsprechend kann auch der Bürge sich für die Schuld irgendeines der verschiedenen Wechselverpflichteten verbürgen.

In der Regel werden Bürge und Gläubiger im Bürgschaftsvertrag ausdrücklich bestimmen, für welchen der mehreren Wechselschuldner die Bürgschaft gelten solle; zumindest wird sich die Person des Hauptschuldners durch Auslegung des Vertrages ermitteln lassen. Dabei ist auf Grund der Vertragsfreiheit auch eine Vereinbarung für zulässig zu halten, in der die Bürgschaft für alle Wechselverpflichteten übernommen wird[1]; ein Bürge kann sich auch sonst für mehrere Gesamtschuldner verbürgen[2].

---

1) Von dieser Möglichkeit gehen aus: RGZ 60/191 (192); OLG Hamburg LZ 1907/359 ff. Ausdrücklich: v. Godin in RGRKomm. z.HGB, 2.Aufl., § 349 Anm.38.

2) OLGE (Stuttg.) 18/38; Erman-Wagner, Handkommentar zum BGB, 3.Aufl., § 765, Anm.1.

Es fragt sich aber, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn in dem Bürgschaftsvertrag eine Vereinbarung darüber fehlt, für welchen Wechselverpflichteten der Bürge einstehen soll. Bürge und Gläubiger können eine Bestimmung des Hauptschuldners und der zu sichernden Hauptschuld vergessen oder nicht für notwendig gehalten haben; der Bürge hat zB. lediglich erklärt, für die Zahlung der Wechselsumme als Bürge einstehen zu wollen.

In vielen Fällen dieser Art wird man die Person des Hauptschuldners durch Auslegung der Bürgschaft ermitteln können.So kann es nahe liegen, daß der Bürge für die Verbindlichkeit des Annehmers einstehen wollte, weil dieser in der Reihe der Wechselschuldner der eigentliche und letzte Verpflichtete ist. Die Auslegung kann auch ergeben, daß die Bürgschaft für alle Wechselverpflichteten gelten sollte; das kann beispielsweise dann anzunehmen sein, wenn der Bürge dem Gläubiger eine umfassende Sicherung verschaffen wollte.
Wenn sich die Person des Hauptschuldners jedoch durch Auslegung nicht bestimmen läßt, so scheint die Bürgschaft unwirksam zu sein. Ein Bürgschaftsvertrag nämlich, der von mehreren in Betracht kommenden Verpflichtungen die zu sichernde Schuld nicht eindeutig erkennen läßt, kann mangels Bestimmtheit nicht gültig sein[1]. Es bliebe sonst insbesondere ungewiß, auf welche Einwendungen und Einreden der Bürge sich gemäß §§ 767,768 BGB berufen könnte, und bei der nichtselbstschuldnerischen Bürgschaft wäre es für den Gläubiger unklar, an welchen Verpflichteten er sich gemäß § 771 BGB vor der Inanspruchnahme des Bürgen halten müßte.

Die erforderliche Bestimmtheit des Bürgschaftsvertrages läßt sich aber möglicherweise durch entsprechende Anwendung von Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG gewinnen. Der Gesetzgeber hat für die

---

1) OLGE (Hbg) 18/39; OLGE (Colmar) 18/40.

Wechselbürgschaft in Anbetracht der mehreren Wechselverpflichteten an die Möglichkeit gedacht, daß eine Bezeichnung des Hauptschuldners vergessen werden oder sonst unterbleiben könne. Er hat deshalb für diesen Fall angeordnet, daß die Wechselbürgschaft für den Aussteller des Wechsels gelte. Es fragt sich, ob diese Regelung sich entsprechend auf die Bürgschaft übertragen läßt, so daß bei fehlender Angabe des Hauptschuldners die Bürgschaft als für den Aussteller des Wechsels geleistet anzusehen ist.

Die analoge Anwendung einer Vorschrift auf einen nicht geregelten Fall setzt voraus, daß der gesetzlich geregelte und der zu beurteilende Sachverhalt in den wesentlichen Stücken ähnlich sind. Beide Sachverhalte müssen die Punkte gemeinsam haben, auf denen die gesetzliche Bestimmung beruht[1]. Dabei kommt es auf die Gemeinsamkeit in Bezug auf die Interessenlage an. Die in der Gesetzesnorm bewertete Interessenlage muß der ungeregelten ähnlich sein[2]. Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG ist also dann entprechend auf die Bürgschaft anzuwenden, wenn die Interessenlage bei fehlender Angabe des Hauptschuldners im wesentlichen bei beiden Bürgschaftsarten gleich ist.

Wenn bei der Wechselbürgschaft die Erklärung des Bürgen den Hauptschuldner nicht bezeichnet, so besteht auf der einen Seite ein Interesse des Wechselbürgen an der Nichtigkeit dieser

---

1) Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3.Aufl., S.143 f; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.288.

2) Bender, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 591 (599); Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S.109; ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112,1 ff (194 f); D.Reinicke, Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 1964, 421 (422).

Erklärung. Diesem ist die Person des Hauptschuldners nicht gleichgültig, weil er nach Einlösung des Wechsels gemäß Art. 32 Abs. 3 WG nur gegen diesen und dessen Vormänner Rückgriff nehmen kann. Außerdem ist seine Haftung insofern von der Verpflichtung des Hauptschuldners abhängig, als er nach Art.32 Abs.2 WG bei Formnichtigkeit der Hauptverbindlichkeit nicht in Anspruch genommen werden kann.

Diesen Interessen des Bürgen an der Nichtigkeit seiner Erklärung stehen auf der anderen Seite die Belange des Wechselverkehrs entgegen; diese verlangen die Gültigkeit der unvollständigen Bürgschaftserklärung. Die Wechselbürgschaft begründet wie das Akzept, die Ausstellerunterschrift und das Indossament eine selbständige, wechselmäßige Verpflichtung. Je mehr solcher Verpflichtungen der Wechsel enthält, desto umlaufsfähiger ist er. Von dieser Umlaufsfähigkeit des Wechsels hängt es entscheidend ab, ob er seine Aufgabe als Kredit-, Zahlungs- und Sicherungsmittel[1)] erfüllen kann. Wenn ein Wechsel Unterschriften und Verpflichtungserklärungen enthält,die nichtig sind, so büßt er naturgemäß einen Teil seiner Verkehrsfähigkeit ein.

Zwischen den Belangen des Wechselbürgen und des Wechselverkehrs hat der Gesetzgeber sich in Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG gegen den Wechselbürgen entschieden. Er hat dessen Interessen an der Nichtigkeit der Bürgschaftserklärung für weniger wichtig gehalten als die Umlaufsfähigkeit des Papiers.

Es ist auch sonst das Bestreben des Gesetzes, unvollständige und unvollkommene Wechselerklärungen nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Das wird beispielsweise an Art.12 Abs.1 S.2 WG deutlich; nach dieser Vorschrift ist ein bedingtes Indossament nicht nichtig; vielmehr gilt die Bedingung als nicht geschrieben. Auf diese Weise wird im Interesse der Um-

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Einleitung WG, Anm.44.

laufsfähigkeit des Wechsels eine unnötige Nichtigkeit des Indossaments vermieden[1].

Dasselbe gilt von der hier interessierenden Bestimmung des Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG. Wenn danach die Bürgschaft bei fehlender Angabe des Hauptschuldners für den Aussteller bestehen soll, so wollte das Gesetz damit die unvollständige Bürgschaftserklärung zur Erhaltung der Verkehrsfähigkeit des Wechsels vor der Nichtigkeit bewahren[2]. Wenn dabei gerade der Aussteller als Hauptschuldner bestimmt wird, so beruht das auf dem Bestreben, die Rückabwicklung des Wechsels zu vereinfachen[3]. Mit der Zahlung durch den Wechselbürgen erlöschen nämlich gemäß Art.32 Abs.3 WG alle Wechselverpflichtungen mit Ausnahme der gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner. Wenn daher die Wechselbürgschaft für den Aussteller gilt, so kann der Wechselbürge sich nach Zahlung nur an diesen und an einen etwa vorhandenen Akzeptanten halten; alle übrigen Wechselverpflichteten werden frei. Zwar würde das Ziel, die Rückabwicklung zu vereinfachen, am vollkommensten erreicht, wenn die Wechselbürgschaft für den Akzeptanten gelten würde. Das Gesetz hat aber nicht diesen, sondern den Aussteller als Hauptschuldner gewählt, weil ein Aussteller immer vorhanden sein muß, während ein Akzeptant fehlen kann[4].

Diese Gesichtspunkte, die bei der Wechselbürgschaft zu der Vorschrift des Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG geführt haben, treffen für die zivilrechtliche Verbürgung nicht zu; die Interessenlage ist bei dieser in den entscheidenden Punkten eine andere.

---

1) Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.12 Anm.2; Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.12 Anm.4.
2) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.680; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.31 Anm.5.
3) Quassowski-Albrecht, Art.31 Anm.5, sowie Art.77 Anm.12, für den gleichliegenden Fall des Art.77 Abs.3 WG.
4) Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, S.680 (Fußn.4); Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.31 Anm.5.

Zunächst ist der Bürge in höherem Maße an der Person des Hauptschuldners interessiert als der Wechselbürge. Diesem steht gemäß Art.32 Abs.2 WG nur der Einwand der Formnichtigkeit der Hauptverbindlichkeit zu, während der Bürge in vollem Umfange akzessorisch haftet; er kann alle dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen und Einreden geltend machen. Wollte er sich beispielsweise für die Schuld des Remittenten verbürgen, so hat er unter Umständen Gegenrechte, die er als Bürge des Ausstellers nicht haben würde. Ihm wären daher bei analoger Anwendung des Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG möglicherweise Einwendungen abgeschnitten, die ihm als Bürgen eines anderen Wechselverpflichteten, für den er die Bürgschaft hatte übernehmen wollen, zugestanden hätten.
Ferner fordert es das Interesse an der Umlaufsfähigkeit des Wechsels nicht, die unvollständige Bürgschaftserklärung durch Bestimmung des Ausstellers als Hauptschuldner aufrechtzuerhalten. Die Verkehrsfähigkeit des Papiers würde durch das Bestehen einer Bürgschaft nicht wesentlich erhöht werden. Diese ist - schon äußerlich - ein sich außerhalb des Wechsels abspielender Vorgang. Sie begründet keine wechselmäßige Verpflichtung. Spätere Wechselnehmer werden häufig nicht einmal wissen, daß für eine bestimmte Wechselverbindlichkeit eine Bürgschaft begründet worden ist. Die Wechselnehmer verlassen sich demgemäß in erster Linie auf die wechselmäßigen, in der Urkunde selbst enthaltenen Verpflichtungen.
Schließlich würde auch die von Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG beabsichtigte Vereinfachung der Rückabwicklung bei der Bürgschaft nicht erreicht werden. Auch dann nämlich, wenn die Bürgschaft für den Aussteller besteht, werden bei Zahlung durch den Bürgen an den Wechselgläubiger diejenigen Wechselschuldner, die diesem Gläubiger vorgehen, dem Aussteller aber nachgehen, im Gegensatz zur Wechselbürgschaft nicht frei; das wird im einzelnen noch zu zeigen sein[1]. Wenn also beispielsweise der

---

1) Siehe S.62 ff.

Indossatar als Bürgschaftsgläubiger den Bürgen des Ausstellers in Anspruch nimmt, so erwirbt der Bürge nicht nur die Wechselansprüche gegen den Aussteller und den Akzeptanten, sondern, im Gegensatz zur Wechselbürgschaft,auch gegen den Remittenten[1].

Die Interessenlage ist daher bei fehlender Angabe des Hauptschuldners bei der Bürgschaft in den wesentlichen Punkten von der Wechselbürgschaft verschieden, so daß eine analoge Anwendung des Art.31 Abs.4 Halbs.2 WG auf die Bürgschaft nicht möglich ist.

Dem Bürgschaftsvertrag, dem sich nicht, auch nicht im Wege der Auslegung, entnehmen läßt, für wessen Schuld der Bürge sich verpflichten wollte, ist daher mangels genügender Bestimmtheit nichtig.

II. Umdeutung der nichtigen Wechselbürgschaft in eine Bürgschaft

Die bisherige Untersuchung betraf im wesentlichen die Frage, wie die Bürgschaft durch Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger begründet wird. In den folgenden Erörterungen soll geklärt werden, ob die Bürgschaft durch Umdeutung einer nichtigen Wechselbürgschaft entstehen kann.

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.30 WG Anm.3; Jerusalem, Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des BGB-Bürgen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners,NJW 1962, 725; a.A.: die h.M.: u.a. BGHZ 35, 19 ff = WM 1961, 478; Palandt-Gramm, BGB, 25.Aufl., Einf. zu § 765 Anm.3 e.

Die Wechselbürgschaft kann beispielsweise nichtig sein, wenn sie entgegen Art.31 Abs.1 WG nicht auf den Wechsel oder einen Anhang gesetzt worden ist[1] oder wenn der Bürge seiner Erklärung eine Bedingung beigefügt hat[2]. Nichtigkeit der Wechselbürgschaft wird in der Literatur z.T. auch dann angenommen, wenn sie erst nach Protesterhebung übernommen worden ist, da - so wird ausgeführt - nach Protest eine Garantie auch nicht mehr durch Indossament möglich sei[3].

Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob die nichtige Wechselbürgschaft als bürgerlichrechtliche Verbürgung aufrechterhalten werden kann. Dazu meint Jacobi, jede wegen Formwidrigkeit nichtige Wechselbürgschaft sei automatisch und ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen der Umdeutung als gültige Bürgschaft anzusehen, falls deren Formerfordernisse erfüllt seien[4]. Der Inhalt der Erklärungen sei nämlich bei beiden Bürgschaftsarten identisch; beide Male erkläre der Bürge, für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners aufkommen zu wollen[5]. Jacobi sieht also die Bürgschaft im Verhältnis zur Wechselbürgschaft offentsichtlich nicht als "anderes Rechtsgeschäft" i.S. von § 140 BGB an. Diese Auffassung erscheint

---

1) In diesem Falle bedarf es jedoch sorgfältiger Prüfung,ob die Vertragsschließenden wirklich eine Wechselbürgschaft begründen wollten,oder ob nicht vielmehr die außerwechselmäßige Form auf eine gewöhnliche Bürgschaft schließen läßt.

2) Zum letzteren siehe:Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht,S.216; Staub-Stranz,Komm.zum Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.2 Anm.23.

3) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.674 f; a.A.: Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art. 31 WG Anm.5; Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13.Aufl., Art. 30 Anm.7; Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl.,Art.31 Anm.6.

4) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.682.

5) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.681, 682.

jedoch sehr bedenklich; sie wird dem Inhalt der Haftungserklärung des Wechselbürgen und des Bürgen nicht gerecht.

Die bloße Erklärung, für die Verpflichtung des Hauptschuldners aufkommen zu wollen, genügt zur Charakterisierung des vom Bürgen und vom Wechselbürgen begründeten Rechtsgeschäfts nicht. Ein Haftungsversprechen mit diesem Inhalt gibt auch der ab, der der Schuld eines anderen als Gesamtschuldner beitritt und in gewissen Fällen auch der Garant. Die Zusage, für die Schuld eines anderen aufzukommen, läßt es also offen, ob die Haftung durch kumulative Schuldübernahme, durch Garantievertrag oder durch Bürgschaft gewollt ist. Dasselbe gilt auch für den hier interessierenden Fall, daß jemand zwar unzweifelhaft als Bürge für einen Wechselschuldner haften will, in dem es aber darum geht, ob er die Haftung als gewöhnlicher Bürge oder als Wechselbürge übernimmt. Auch hier ist Inhalt der Erklärung nicht nur das Haftenwollen schlechthin und auch nicht das Haftenwollen als Bürge, sondern als Wechselbürge oder als bürgerlichrechtlicher Bürge. Zwischen den beiden Bürgschaftsarten bestehen wesentliche Unterschiede in den Rechtswirkungen. So wird durch die Wechselbürgschaft eine selbständige Wechselverpflichtung des Bürgen begründet, während der bürgerlichrechtliche Bürge nur akzessorisch haftet. Auch die Zahlung der Wechselsumme hat verschiedene Rechtsfolgen: Der Bürge wird gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB bürgerlichrechtlicher Rechtsnachfolger des Gläubigers, dagegen erwirbt der Wechselbürge nach Art.32 Abs.3 WG ein selbständiges Wechselrecht, so daß Einwendungen ihm gegenüber nur im Rahmen des Art.17 WG zulässig sind[1]. - Diese Unterschiede prägen die Art des Geschäfts entscheidend; sie machen die zivilrechtliche Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit und die Wechselbürgschaft zu verschiedenen Institutionen. Die Verschieden-

1) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.32 WG Anm.3; Staub-Stranz, Komm. zum Wechselgesetz,13.Aufl., Art.32 Anm.7; vgl.S.4,5.

heiten betreffen nicht nur Nebenfolgen ein und desselben Geschäfts Bürgschaft. Daher muß die Art der zu begründenden Bürgschaft in den Inhalt der Erklärung aufgenommen werden;sie gehört zum Gegenstand der Erklärung. Es bleibt andernfalls unklar, ob der Bürge nach bürgerlichem Recht oder nach Wechselrecht haftet. Man kann daher den Inhalt der Haftungserklärung nicht - wie Jacobi das annimmt - bei beiden Bürgschaftsarten für identisch halten. Die Bürgschaft ist vielmehr im Verhältnis zur Wechselbürgschaft ein anderes Rechtsgeschäft iS. von § 140 BGB. Deshalb läßt die (form)nichtige Wechselbürgschaft sich nicht automatisch, sondern nur dann als gewöhnliche Verbürgung aufrechterhalten, wenn die Voraussetzungen der Umdeutung vorliegen[1].

§ 140 BGB fordert zunächst, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Ob das im Verhältnis der nichtigen Wechselbürgschaft zur Bürgschaft zutrifft, erscheint zumindest dann fraglich, wenn die Wechselbürgschaft für den Aussteller durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels geleistet worden ist.

Das Reichsgericht[2] und der Bundesgerichtshof[3] haben für die Unterschrift des Akzeptanten ausgeführt, daß diese bei Nichtigkeit nicht in eine außerwechselrechtliche Verpflichtungserklärung - wie etwa Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis - umgedeutet werden könne. Die Unterschrift des Akzeptanten enthalte keine Willenserklärung, seine Haftung beruhe vielmehr ausschließlich auf der Sondervorschrift des Art.25 Abs.1 WG (Art.21 WO). Da also die Unterschrift selbst

---

1) Staub-Stranz,Komm. z. Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.2 Anm.23; Art.32 Anm.13 aE.

2) RG JW 1930/1376; RGZ 136/207 (210).

3) BGH WM 1955/1324.

keine Erklärung darstelle, decke sie auch keine nicht-wechselrechtliche Verpflichtungserklärung, so daß eine Umdeutung insoweit nicht in Betracht komme[1].

Nach dieser Ansicht müßte auch die durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels geleistete Wechselbürgschaft für den Aussteller im Falle ihrer Nichtigkeit nicht in eine Bürgschaft umgedeutet werden können. Denn auch hier würde die Haftung nicht auf einer Willenserklärung des Wechselbürgen beruhen, sondern sich aus Art.31 Abs.3 und 4 WG ergeben.

Die Ansicht, die Unterschrift des Akzeptanten stelle keine Erklärung dar, begegnet indessen Bedenken. Zwar braucht der Akzeptant auf den Wechsel nur seinen Namen zu setzen; mit seiner Unterschrift erklärt er aber, sich nach Maßgabe der Wechselurkunde verpflichten zu wollen[2]. Auch die Haftung des Akzeptanten setzt eine Willenserklärung des Annehmers voraus[3]. Willenserklärungen werden gerade im Bereich des Handelsrechts häufig in abgekürzter Form abgegeben, ohne daß deshalb ihre Rechtsnatur als Willenserklärung geleugnet würde. Das Wechselgesetz selbst geht in Art.25 Abs.1 WG davon aus, daß der Akzeptant eine Verpflichtungserklärung abgibt. Es heißt dort: "Die Annahmeerklärung wird auf den Wechsel gesetzt. Sie wird durch das Wort 'angenommen' oder ein gleichbedeutendes Wort ausgedrückt." Der Auffassung der Rechtsprechung, daß die durch bloße Unterschrift geleistete Annahme keine außerwechselrechtliche Verpflichtungserklärung decken könne, ist daher nicht zuzustimmen.

---

1) Ebenso Rilk, Komm. zum Wechselgesetz, S.4,5.

2) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.2 WG, Anm.11; D.Reinicke, Die Umdeutung nichtiger Wechsel, Betrieb 1960/1028 (1029); Staub-Stranz,Kommentar zum Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.2, Anm.22.

3) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.2, Anm.11.

Ebenso wie das Akzept muß auch die durch bloße Unterzeichnung auf der Vorderseite des Wechsels übernommene Wechselbürgschaft als Verpflichtungserklärung des Wechselbürgen angesehen werden. Dieser bringt in abgekürzter Form zum Ausdruck, für die Verbindlichkeit des Ausstellers als Wechselbürge haften zu wollen. Eine solche Wechselbürgschaftserklärung kann also grundsätzlich eine andere Verpflichtungserklärung, insbesondere die Übernahme einer Bürgschaft enthalten.

Noch aus einem weiteren Grunde ist die Konversion einer durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels geleisteten (nichtigen) Wechselbürgschaft in eine gewöhnliche Verbürgung problematisch. § 766 S.1 BGB verlangt schriftliche Erteilung des Bürgschaftsversprechens. Dieses Formerfordernis gilt für alle wesentlichen Teile der Erklärung;so muß unter anderem auch die Person des Gläubigers aus der Urkunde zu erkennen sein[1]. Da die bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels die Person des Gläubigers nicht angibt, scheint die Umdeutung in jedem dieser Fälle daran zu scheitern, daß den Formerfordernissen der bürgerlichrechtlichen Bürgschaft nicht genügt ist.

Dieses Bedenken besteht auch dann, wenn die (nichtige)Wechselbürgschaft zwar den Bürgschaftsvermerk und den Namen des Hauptschuldners, aber - zulässigerweise - nicht die Bezeichnung des Gläubigers enthält.

Die fehlende Bezeichnung des Gläubigers steht der Umdeutung der ungültigen Wechselbürgschaft in eine Verbürgung nach bürgerlichem Recht jedoch nur scheinbar entgegen. Wenn § 766 S.1 BGB schriftliche Erteilung des Bürgschaftsversprechens

1) BGH WM 1962,575; 1958,71 (72); Palandt-Gramm,Bürgerliches Gesetzbuch, 25.Aufl., § 766, Anm.3; Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl), Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., § 766 Anm.2.

verlangt, so bedeutet das nicht, daß alle wesentlichen Bestandteile des Bürgschaftsversprechens ausdrücklich bezeichnet werden müssen. So genügt es für die hier interessierende Benennung des Gläubigers, wenn dieser in sonstiger Weise aus der Bürgschaftsurkunde zu erkennen ist, d.h. wenn die Erklärung hinreichende Anhaltspunkte liefert, um den Bürgschaftsgläubiger zu identifizieren[1]. Eine derartige Erkennbarkeit kann sich in vielen Fällen aus der Art der Forderung ergeben, für die die Bürgschaft geleistet worden ist.[2]
Diese Möglichkeit, den Gläubiger mit Hilfe des zu sichernden Anspruchs zu bestimmen, besteht auch bei der umzudeutenden Wechselbürgschaft. Bei dieser steht nämlich der Bürgschaftsgläubiger - gleichgültig ob ausdrücklich benannt oder nicht - immer fest: Der Wechselbürge haftet gemäß Art.32 Abs.1 WG wie der Hauptschuldner; alle Nachmänner des Hauptschuldners sind demnach Wechselbürgschaftsgläubiger. Besteht die Wechselbürgschaft beispielsweise für den Aussteller, so können der Remittent und sämtliche Indossanten den Wechselbürgen in Anspruch nehmen, wenn sie den rücklaufenden Wechsel eingelöst haben. Wenn demnach bei der Wechselbürgschaft die Gläubiger immer aus der Wechselurkunde hervorgehen, so gilt das auch dann, wenn die nichtige Wechselbürgschaft in eine bürgerlichrechtliche Verbürgung umgedeutet werden soll. Auch bei dieser sind alle Nachmänner des Hauptschuldners Bürgschaftsgläubiger und als solche aus dem Wechsel zu erkennen.
Die umzudeutende nichtige Wechselbürgschaft genügt also auch dann den Formvorschriften der Bürgschaft, wenn der Bürgschaftsgläubiger in dem Wechsel nicht genannt ist.

---

1) BGH WM 1962, 575 (576); Enneccerus-Lehmann,Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., § 191 II 1; Erman-Wagner, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl., § 766 Anm.1.

2) RGZ 76, 195 (200 f); 62, 379 (383); Palandt-Gramm, BGB, 25.Aufl., § 766 Anm.3.

Es bestehen daher - abgesehen von einem noch zu erörternden Sonderfall[1] keine Bedenken gegen die Annahme, daß die durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels geleistete Wechselbürgschaft den Erfordernissen der Bürgschaft entspricht. Die erste Voraussetzung für die Umdeutung nach § 140 BGB ist also gegeben.

Wie aber verhält es sich mit dem weiteren Erfordernis des § 140 BGB: Ist anzunehmen, daß die Bürgschaft bei Kenntnis der Nichtigkeit der Wechselbürgschaft gewollt sein würde? Die Frage ist zu verneinen, wenn der Bürge bei einer Haftung nach bürgerlichem Recht schlechter stünde, als wenn er nach Wechselrecht verpflichtet wäre. Die Umdeutung darf nämlich für den Schuldner keine größeren Nachteile bringen, als sie das umgedeutete Geschäft hätte, da nicht anzunehmen ist, daß der Schuldner sich bei Kenntnis der Nichtigkeit des Geschäfts in stärkerem Maße verpflichtet hätte[2].

In der Literatur wird z.T. angenommen, daß der Bürge gegenüber dem Wechselbürgen dann schlechter stehe und deshalb die Umdeutung ausgeschlossen sei, wenn die Bürgschaft für einen Rückgriffsschuldner (also nicht für den Akzeptanten)bestehe[3]. Zur Begründung wird angeführt, durch die Konversion verliere der Bürge den Schutz der strengen Voraussetzungen für seine Inanspruchnahme, den er als Wechselbürge genießen würde;denn bei der Bürgschaft erübrige sich - anders als bei der Wechsel-

---

1) Siehe unten S.23 ff.

2) BGB-RGRK (Krüger-Nieland), 11.Aufl.,§ 140 Anm.2;Erman-Westermann,Handkommentar zum BGB, 3.Aufl., § 140 Anm.5; D. Reinicke, Die Umdeutung nichtiger Wechsel, Betrieb 1960, 1028.

3) Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.2 Anm.23 iVm.Anm.21; ebenso, aber mit abweichender Begründung: Philipp, Lexikon-Kommentar zur Wechselordnung, S.133.

bürgschaft - die Protesterhebung[1].

Diese Unterscheidung zwischen der Bürgschaft für den Annehmer und der Bürgschaft für Rückgriffsschuldner ist nicht gerechtfertigt. Der Bürge eines Rückgriffsschuldners steht bei der zivilrechtlichen Verbürgung nicht schlechter als bei der Wechselbürgschaft. Der Gläubiger ist nämlich zur Protesterhebung nicht nur gegenüber dem Wechselbürgen, sondern auch gegenüber dem Bürgen verpflichtet. Er verliert, wenn er diese unterläßt, seine Rückgriffsansprüche auch gegenüber dem Bürgen des Rückgriffsschuldners. Darauf wird später[2] noch ausführlich einzugehen sein; hier sei zur Begründung nur auf die akzessorische Haftung des Bürgen hingewiesen. Ebenso wie der Haupt(rückgriffs) schuldner die Zahlung der Wechselsumme verweigern kann, wenn der Gläubiger dem Rückgriffsschuldner die Protesturkunde nicht aushändigen kann (Art.50 Abs.1 WG)[3], so braucht auch der Bürge infolge seiner akzessorischen Haftung gemäß § 768 Abs.1 S.1 BGB ohne Beachtung dieser Förmlichkeit nicht zu zahlen; ebenso hat das Erlöschen der Rückgriffsforderung gegen den Hauptschuldner wegen Versäumung der Protesterhebung nach Art.53 Abs.1 WG auch das Freiwerden des

---

1) Wenn die Wechselbürgschaft für den Annehmer geleistet worden ist, taucht dieses Problem nicht auf, da der Bürge hier ebenso wie der Annehmer ohne Protesterhebung und auch bei Versäumung der Vorlegungsfrist haftet, Art.43,44,53 iVm. Art.32 Abs.1 WG.

2) Siehe unten S.41.

3) Dabei ist lediglich streitig, ob der Rückgriffsschuldner die Zahlung der Wechselsumme ohne gleichzeitige Aushändigung der Protesturkunde nur i.S. eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB verweigern kann (so Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl., Art.50 Anm.2) oder ob der Zahlungsanspruch von vornherein dahin begrenzt ist, daß der Gläubiger Befriedigung nur Zug um Zug gegen Übergabe der Protesturkunde verlangen kann (so Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.50 WG Anm.2 iVm.Art.39 WG Anm.3; Michaelis, Wechselrecht, Art.54 WO Anm.7; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.39 Anm.3 .

Bürgen gemäß § 767 Abs.1 S.1 BGB zur Folge. Insofern verschärft die Umdeutung der nichtigen Wechselbürgschaft in eine zivilrechtliche Verbürgung die Haftung des Bürgen auch dann nicht, wenn die Bürgschaft nicht für den Annehmer, sondern für einen Rückgriffspflichtigen als Hauptschuldner geleistet worden ist.

Eine die Umdeutung ausschließende stärkere Verpflichtung des Bürgen kann aber darin bestehen, daß die Verpflichtung aus der Bürgschaft gemäß § 195 BGB in 30 Jahren verjährt, während die Wechselbürgschaft der kürzeren Verjährungsfrist nach Art. 70 WG unterliegt[1], Art.32 Abs.1 WG. Insofern scheint die Konversion der Wechselbürgschaft in eine Verbürgung eine unzulässige Haftungsverschärfung für den Bürgen zu bedeuten. - Diesen Schwierigkeiten kann man jedoch dadurch begegnen, daß man mit der Umdeutung gleichzeitig eine nach § 225 S.2 BGB zulässige Abkürzung der gewöhnlichen Verjährungsfrist auf die in Art.70 WG genannten Fristen als vereinbart ansieht[2]. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil der Bürge durch die Übernahme der Haftung zum Ausdruck gebracht hat, nur in den zeitlichen Grenzen des Art.70 WG haften zu wollen[3].

Der Bürge könnte jedoch deswegen schlechter als der Wechselbürge stehen, weil dieser bei Zahlung des Wechsels eigene wechselrechtliche Ansprüche erwirbt, jener aber nur bürgerrechtlicher Rechtsnachfolger des Gläubigers wird. Dem einlösenden Wechselbürgen, der seinerseits gegen den Hauptschuldner Rückgriff nimmt, können Einwendungen nur im Rahmen des

---

1) Nach Art.70 WG haftet der Annehmer drei Jahre;andere Wechselverpflichtete haften ein Jahr.

2) Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.32 Anm.13.

3) Ebenso für die Umdeutung sonstiger Wechselverpflichtungen: Bernstein,Ansprüche aus formungültigen Wechseln,JW 1926, 494 (496); Philipp,Lexikon-Kommentar zur Wechselordnung, S.133.

Art.17 WG entgegengehalten werden, er braucht also die gegen den befriedigten Wechselgläubiger begründeten Einwendungen persönlicher Art nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er die Wechselrechte bewußt zum Nachteil des Schuldners erworben hat[1]. Dagegen können gegenüber dem Bürgen alle Einwendungen vorgebracht werden, die gegen den früheren Gläubiger bestanden haben (§§ 774 Abs.1 S.1 §§ 412, 404 BGB). Dieser Nachteil des Bürgen ist indessen rein theoretischer Natur. Wenn nämlich der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger Einwendungen und Einreden geltend machen kann, so stehen diese nach den Vorschriften der §§ 767, 768 BGB auch dem Bürgen zu. Dieser ist dann nicht verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen; er kommt daher nicht in die Gefahr, daß die Einwendungen seinen Rückgriffsanspruch zu Fall bringen, da er einen solchen Anspruch gar nicht erst erwirbt. Insoweit kann also von einer Schlechterstellung des Bürgen nicht die Rede sein.

Ein die Umdeutung ausschließender Nachteil der Bürgschaft gegenüber der Wechselbürgschaft kann ferner darin liegen, daß der rückgriffnehmende Wechselbürge seine Rechte leichter verfolgen kann als der Bürge. Der Wechselbürge, der gemäß Art.32 Abs.3 WG gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner Regreß nimmt, ist nämlich durch den Besitz des protestierten Papiers und der Quittung des Gläubigers formell legitimiert und braucht seine Berechtigung nicht weiter nachzuweisen[2]. Dagegen ist der Bürge, auf den die Wechselforderung nach § 774 Abs.1 S.1 BGB übergegangen ist, nicht wechselmäßig legiti-

---

1) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.32 WG, Anm.3;Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.688; Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.32, Anm.7.

2) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.690; Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.32 Anm.11.

miert; er muß seine bürgerlichrechtliche Nachfolge besonders beweisen.

Diese Beeinträchtigung der nur formell-rechtlichen Position des Bürgen wird man nicht als Hindernis für die Konversion ansehen können. Es wird kaum vorkommen, daß die Rückgriffsrechte sich bei der Bürgschaft, die aus einer umgedeuteten nichtigen Wechselbürgschaft hervorgegangen ist, schwerer nachweisen lassen, als bei der Wechselbürgschaft. Der Bürge kann ebenso wie der Wechselbürge verlangen, daß ihm bei Zahlung der Wechselsumme das Papier ausgehändigt und eine Quittung erteilt wird. Da in den meisten Fällen auf dem Wechsel oder einer sonstigen Urkunde seine als Wechselbürgschaft nichtige , als Bürgschaft umzudeutende Erklärung steht,kann er mit Hilfe von Urkunde und Quittung unschwer nachweisen, daß er mit der Befriedigung des Gläubigers nach § 774 Abs.1 S.1 BGB materiell Berechtigter geworden ist. Diese Urkunden braucht aber auch der Wechselbürge, um seine formelle Legitimation herzustellen. In der Sache steht daher der Bürge hinsichtlich des Nachweises seiner Berechtigung nicht schlechter als der Wechselbürge.

Als Ergebnis kann daher festgestellt werden, daß eine - insbesondere wegen Formmangels - nichtige Wechselbürgschaft in eine gewöhnliche Verbürgung umgedeutet werden kann; die Verpflichtung des Bürgen unterliegt dabei der kurzen Verjährung des Art.70 WG.

Abschließend sei zur Frage der Umdeutung noch eine wechselrechtliche Besonderheit erörtert und zwar für den Fall, daß die Wechselbürgschaft durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels geleistet worden ist. Diese Unterschrift begründet für den Unterzeichnenden auch dann eine Haftung als Wechselbürge, wenn dieser in Wahrheit eine Wech-

selbürgschaft nicht übernehmen wollte. Die in Art.31 Abs.3 WG getroffene Regelung stellt eine unwiderlegliche Vermutung dar; im Interesse des Wechselverkehrs kann der Unterzeichner sich - auch dem ersten Nehmer gegenüber - nicht darauf berufen, keine Wechselbürgschaft gewollt zu haben. Eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB mit der Begründung, eine Wechselbürgschaft sei nicht beabsichtigt, ist ausgeschlossen.[1)]

Wenn in diesem Falle, in dem der Unterzeichner mit seiner Unterschrift eine Wechselbürgschaft nicht begründen wollte, die Wechselbürgschaft nichtig ist - etwa weil die Unterschrift erst nach Protesterhebung auf den Wechsel gesetzt worden ist[2)], so ist die Umdeutbarkeit in eine Bürgschaft sehr fraglich. Bedenken gegen die Möglichkeit der Konversion ergeben sich hier insbesondere dann, wenn der Unterzeichner keine Erklärung mit irgendeinem rechtsgeschäftlichen Inhalt abgeben wollte, wie das in einem vor einiger Zeit vom Bundesgerichtshof[3)] entschiedenen Sachverhalt der Fall war. Dort war ein Wechsel auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gezogen und von dem Geschäftsführer dieser Gesellschaft angenommen worden. Neben dem Namen des Geschäftsführers stand die Unterschrift einer nicht vertretungsberechtigten Gesellschafterin, die damit zum Ausdruck bringen wollte, daß sie geprüft habe, ob der Wechselforderung eine Verbindlichkeit der Gesellschaft und nicht eine private Schuld des Ge-

---

1) BGH WM 1961/298; Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.31 WG Anm. 7; D.Reinicke, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wechsel- und Scheckrecht WM 1963, 1142 (1143).

2) In diesem Fall nimmt jedoch nur Jacobi, Wechsel- u.Scheckrecht, S.674, Nichtigkeit der Wechselbürgschaft an. A.A.: Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.31 WG Anm.5; Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.30 Anm.7; Stranz, Wechselgesetz, 14. Aufl., Art. 31 Anm.6.

3) BGHZ 34, 179 = WM 1961, 298.

schäftsführers zugrundelag. Die Gesellschafterin hatte mit ihrer Unterschrift also nur intern zum Ausdruck bringen wollen, daß der Wechsel für die Gesellschaft in den Verkehr gegeben werden könne. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß die Gesellschafterin kraft der unwiderleglichen Vermutung des Art.31 Abs.3 WG als Wechselbürgin hafte.
Wenn in diesem Fall die Unterschrift als Wechselbürgschaft nichtig gewesen wäre, so scheint die Umdeutung in eine Bürgschaft schon daran zu scheitern, daß eine auf eine Verbürgung gerichtete Erklärung in der Unterschrift nicht enthalten ist. Die herrschende Ansicht sieht nämlich eine Willenserklärung nur dann als gegeben an, wenn der Erklärende neben dem Handlungswillen auch das Erklärungsbewußtsein, d.h. das Bewußtsein, eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendwelchen Inhalts zu machen, gehabt hat[1]. Stimmt man dieser Auffassung zu, so kommt eine Umdeutung der nichtigen Wechselbürgschaft nicht in Betracht. Hier trifft der von der Rechtsprechung allgemein für das Akzept angeführte Gesichtspunkt zu, daß die Haftung lediglich auf einer gesetzlichen Sonderbestimmung, bei der Wechselbürgschaft auf der Vorschrift des Art.31 Abs.3 WG, und nicht auf einer konvertierbaren Haftungserklärung beruhe. Wenn der Unterzeichner eine Wechselbürgschaft in Wahrheit nicht abgeben wollte, dann wird er durch Art.31 Abs.3 WG im Interesse des Wechselverkehrs so behandelt, als habe er sich wechselmäßig verpflichtet; diese nur auf Grund der unwiderleglichen Vermutung beruhende Wechselbürgschaft deckt dann aber nicht die Erklärung, als gewöhnlicher Bürge haften zu wollen.

---

1) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., §.145, II A 4; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., S.260; Oertmann, BGB, 3.Aufl., Vorbem. vor §§ 104 ff. S.332; Staudinger-Coing, Komm. z. BGB; 11.Aufl., Einl. zu §§ 104 ff, Anm.21. Offengelassen in BGH NJW 1953, 58.

Ist man demgegenüber der Auffassung, daß dem "Erklärenden" sein Verhalten auch dann als Willenserklärung zuzurechnen sei, wenn es nicht vom Erklärungsbewußtsein getragen wird[1] - der Meinungsstreit soll hier nicht weiter erörtert werden - so kann in der als Wechselbürgschaft nichtigen Unterschrift die Übernahme einer Bürgschaft enthalten sein. Die Haftung des Unterzeichners als Wechselbürge beruht bei Zugrundelegung dieser Ansicht auf der vom Rechtsverkehr so verstandenen Erklärung, als Wechselbürge einstehen zu wollen. Diese Erklärung deckt dann auch die Übernahme einer gewöhnlichen Bürgschaft.

In diesem Falle kann man aber Bedenken haben, ob die weitere Voraussetzung des § 140 BGB erfüllt ist. Danach muß anzunehmen sein, daß die Bürgschaft bei Kenntnis der Nichtigkeit der Wechselbürgschaft gewollt sein würde. Man könnte der Ansicht sein, daß ein solcher Wille hier nicht festgestellt werden könne; da nämlich der Unterzeichner weder eine Wechselbürgschaft noch überhaupt eine Verpflichtung habe begründen wollen, könne er auch nicht den Willen gehabt haben, als Bürge zu haften. Diese Schlußfolgerung ist indessen verfehlt. Bei der Feststellung, ob die Vertragsschließenden bei Kenntnis der Nichtigkeit ein anderes Geschäft gewollt hätten, ist zunächst der Inhalt des nichtigen Rechtsgeschäfts festzustellen und sodann zu ermitteln, ob sie das andere Geschäft gewollt hätten[2]. Die inhaltliche Bestimmung des nichtigen Geschäfts erfordert die Berücksichtigung des wahren Willens der Vertragsparteien, während die Feststellung, sie hätten bei Kenntnis der Nichtigkeit das andere Geschäft gewollt, nur mit Hilfe eines mutmaßlichen (hypothetischen) Willens möglich ist. Zu Unrecht be-

---

1) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd. Das Rechtsgeschäft, S.414 f/449 f; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S.209 ff .

2) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Band, Das Rechtsgeschäft, S.591.

tont die herrschende Ansicht für die Umdeutung zu einseitig nur die Berücksichtigung des hypothetischen Willens[1], während zum Teil - ebenfalls unrichtigerweise - allein auf den wahren Willen abgestellt wird[2]. Es kommt demgegenüber jedoch sowohl auf den wahren Willen an - zur Bestimmung des Inhalts des nichtigen Rechtsgeschäfts - als auch auf den hypothetischen Willen - zur Feststellung, ob das andere Geschäft gewollt sein würde.

Was zunächst die Ermittlung des wahren Willens betrifft, so darf dabei nicht auf einen inneren, nicht geäußerten Willen abgestellt werden; maßgebend ist vielmehr der nach § 133 BGB ermittelte, in den Erklärungen des nichtigen Geschäfts geäusserte Wille[3], Das ist oben[4] in der verfehlten Schlußfolgerung nicht beachtet worden, als argumentiert wurde, der Unterzeichner könne, da er weder eine Wechselbürgschaft noch eine sonstige Verpflichtung begründen wollte, auch nicht den Willen gehabt haben, als Bürge zu haften. Der Erklärungsgegner versteht vielmehr die Unterschrift auf der Vorderseite als Wechselbürgschaft, folglich ist auch für die Umdeutung davon auszugehen, daß der Unterzeichner eine Wechselbürgschaft gewollt hat.

Die Feststellung des hypothetischen Willens bietet keine Besonderheiten mehr. Es wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die Vertragschließenden bei Kenntnis der Nichtigkeit der Wechselbürgschaft eine Bürgschaft gewollt hätten, da davon auszu-

---

1) BGHZ 19,269 (273);Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,15.Aufl.,§202 V;Erman-Westermann, Handkomm.zum BGB,3.Aufl.,§ 140 Anm.4;Palandt-Danckelmann, BGB,25.Aufl.,§ 140 Anm.1.

2) Staudinger-Coing, Komm. zum BGB,11.Aufl., § 140 Anm.3.

3) Staudinger-Coing, Komm. zum BGB,11.Aufl., § 140 Anm.3.

4) S.26.

gehen ist, daß es ihnen als vernünftig denkenden Menschen auf den wirtschaftlichen Erfolg angekommen ist[1].

Wenn also der Unterzeichner mit seiner Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben wollte, so kommt bei Zugrundelegung der herrschenden Ansicht, die für die Willenserklärung ein Erklärungsbewußtsein fordert, eine Umdeutung nicht in Betracht, da es danach an einer konvertierbaren Haftungserklärung fehlt. Vertritt man demgegenüber die Auffassung, daß der Erklärende sich sein Verhalten auch ohne Erklärungsbewußtsein als Willenserklärung zurechnen lassen muß, so ist die als Wechselbürgschaft nichtige Unterschrift in eine gewöhnliche Verbürgung umdeutbar. Da der Unterzeichner allerdings keine Bürgschaft erklären wollte, kann er seine Haftung durch Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 BGB beseitigen. Eine solche Anfechtung ist nicht im Interesse des Wechselverkehrs ausgeschlossen. Zwar kann die durch bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Papiers begründete gültige Wechselbürgschaft mit Rücksicht auf Art.31 Abs.3 WG nicht mit der Begründung angefochten werden, eine Wechselbürgschaft sei nicht beabsichtigt gewesen; dieser Schutz des Wechselverkehrs gilt aber dann nicht, wenn die Wechselbürgschaft nichtig und in eine Bürgschaft umgedeutet worden ist. Art.31 Abs.3 WG dient ausschließlich den Interessen des Wechselverkehrs, die Bürgschaft begründet demgegenüber aber eine außerwechselmäßige, bürgerlichrechtliche Verbindlichkeit. Art.31 Abs.3 WG greift nur ein, soweit es um die wechselmäßige Haftung des Unterzeichners geht; seine Haftung nach bürgerlichem Recht folgt dessen Regeln.

Diese zuletzt geschilderte Rechtslage - Konversion der Wechselbürgschaft in eine Bürgschaft, aber Möglichkeit der Anfech-

---

1) So die Formulierung des Bundesgerichtshofes in BGHZ 19, 269 (273).

tung - gilt auch, wenn der Unterzeichner zwar einen Verpflichtungswillen hatte, der aber nicht auf eine Wechselbürgschaft gerichtet war. Hier liegt unbestritten eine Erklärung, als Wechselbürge haften zu wollen, vor, die der Umdeutung in eine Bürgschaft zugänglich ist. Wenn der Unterzeichner sich dabei weder als Wechselbürge noch als Bürge verpflichten wollte, kann er seine Haftung durch Anfechtung beseitigen.

III. Bürgschaft beim präjudizierten Wechsel

Beim präjudizierten Wechsel, d.h. nach fruchtlosem Ablauf der in Art.53 WG genannten Fristen für Vorlegung und Protesterhebung, ist die Begründung der Bürgschaft nur noch für die Schuld des Akzeptanten möglich. Der Wechselinhaber verliert nämlich durch das Unterlassen der erwähnten Handlungen nach Art.53 WG seine Ansprüche gegen alle Wechselverpflichteten mit Ausnahme des Akzeptanten. Infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft (§ 767 ff BGB) ist daher eine Verbürgung für die ehemaligen Rückgriffsschuldner nicht mehr möglich.

Allerdings besteht gegen den Aussteller auch nach fruchtlosem Ablauf der Fristen für die Vorlegung des Wechsels und die Protesterhebung ein wechselrechtlicher Bereicherungsanspruch nach Maßgabe des Art.89 WG; dieser Anspruch kann durch eine Bürgschaft gesichert werden.
Fraglich und bestritten ist jedoch die Frage, ob die für die ursprüngliche Wechselschuld des Ausstellers bestehende Bürgschaft (oder ein sonstiges Nebenrecht) sich nach Präjudizierung des Wechsels auf den Bereicherungsanspruch erstreckt. Das wird von einem Teil der Literatur mit dem Hinweis bejaht, daß dieser Anspruch ein Residuum, ein Überbleibsel der ur-

sprünglichen Wechselforderung sei[1]. Demgegenüber verweist Jacobi zu Recht darauf, daß aus einer solchen begrifflichen Darstellung des Wechselbereicherungsanspruchs keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, um Zweifelsfragen zu lösen[2]. Maßgebend muß vielmehr Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sein. So hängt die Frage, ob der Bürge, der sich für die ursprüngliche Wechselschuld verpflichtet hat, auch für den Wechselbereicherungsanspruch haftet, nicht davon ab, ob man diese Forderung ein Überbleibsel des Wechselanspruchs nennt, sondern davon, ob nach dem Inhalt des Bürgschaftsvertrages der Bürge auch für die Wechselbereicherungsforderung einstehen soll[3]. Eine solche Auslegung der Bürgschaftsvereinbarung wird z.T. grundsätzlich für ausgeschlossen gehalten, da eine Bindung des Bürgen nur bei prompter Diligenz des Wechselinhabers anzunehmen sei[4].

Es erscheint jedoch bedenklich, den Bürgschaftsvertrag allgemein in dieser Weise auszulegen. Die Vertragschließenden können durchaus den Willen gehabt und zum Ausdruck gebracht haben, daß die Bürgschaft alle sich aus dem Wechsel ergebenden Ansprüche, also auch die Wechselbereicherungsforderung, sichern solle[5]. Davon für den Regelfall auszugehen, scheint dem Willen der Beteiligten sogar eher gerecht zu werden als die gegenteilige Annahme.

---

1) v.Canstein,Lehrbuch des Wechselrechts,S.423 (Fußn.5);Grünhut,Wechselrecht,2.Bd., S.560 (Fußn.6);Staub-Stranz,Komm.z. Wechselgesetz,13.Aufl.Art.89 Anm.2;Stranz,Wechselgesetz, 14.Aufl.,Art.89 Anm.3.

2)Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.944 ff.

3) Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.946 (Fußn.3).

4) Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.946 (Fußn.3); im Ergebnis ebenso Bernstein, Allg.Deutsche und Allg.Oesterr.Wechselordnung, Art.83, § 1.

5) Staub-Stranz,Komm.zur Wechselordnung,12. Aufl.,Art.83 Anm. 1 a.

Wenn die Bürgschaftsvereinbarung erst nach der Präjudizierung des Wechsels getroffen worden ist, dabei aber die ursprüngliche Wechselschuld des Ausstellers gesichert werden sollte, ist es ebenfalls eine Frage der Auslegung des Bürgschaftsvertrages, ob der Bürge für die Wechselbereicherungsforderung haftet. Eine solche Annahme liegt hier noch näher, als in der im vorigen erörterten Fallgestaltung.

§ 2 Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen Irrtums über die Art der Bürgschaft

Es kann vorkommen, daß der Bürge bei Übernahme der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit objektiv erklärt, als Wechselbürge haften zu wollen, subjektiv aber als Bürge verpflichtet sein will; ebenso ist der umgekehrte Fall denkbar. Hier gilt zunächst das objektiv Erklärte; dabei ist für dessen Feststellung in der Regel die eingehaltene Form maßgebend. Es ist also normalerweise eine Wechselbürgschaft als vereinbart anzunehmen, wenn deren Form gewahrt ist, und eine zivilrechtliche Verbürgung, wenn der Bürge nur die Form des § 766 BGB beachtet hat[1]. Der Gläubiger als Erklärungsgegner kann nämlich die in wechselmäßiger Form abgegebene Verpflichtungserklärung nur so verstehen, daß eine Wechselbürgschaft gewollt sei; ist umgekehrt die bürgerlichrechtliche Form gewahrt, dann kann er nur von einer Bürgschaft ausgehen.

Wenn demnach auch zunächst das objektiv Geäußerte maßgebend ist, so kann der Verpflichtete seine Haftungserklärung aber möglicherweise durch Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB beseitigen.

---

1) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.681.

Für den Fall, daß er die Bürgschaftserklärung in wechselmäßiger Form abgibt, aber nur nach bürgerlichem Recht haften will, stellt sich zunächst die allgemeine Frage, ob eine Wechselerklärung überhaupt wegen Irrtums angefochten werden kann. Die Auffassungen hierzu sind sehr geteilt. Während eine Ansicht die Anfechtung mit Wirkung gegenüber jedem späteren Wechselerwerber zuläßt[1] und eine andere Meinung die Anfechtung im Interesse der Verkehrssicherheit grundsätzlich für unzulässig hält[2], wird überwiegend die Anfechtbarkeit nur gegenüber dem ersten Nehmer bejaht, während die Anfechtung gegenüber gutgläubigen Dritterwerbern ausgeschlossen sein soll[3].

Die Auffassung, die eine Anfechtung gegenüber jedem späteren Wechselerwerber zuläßt, wird den Erfordernissen des Wechselverkehrs nicht gerecht. Sie beachtet nicht, daß der gutgläubige Erwerber des Wechsels selbst dann geschützt wird, wenn das Papier ohne Willen des Unterzeichners in den Verkehr gelangt (Art.16 Abs.2 WG). Umso mehr muß der Wechselnehmer in

---

1) Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz,Art.17 Anm.22;Staub-Stranz,Komm.zum Wechselgesetz,13.Aufl., Art.17 Anm.41.(Nach Staub-Stranz kann die Anfechtung dritten gutgläubigen Erwerbern jedoch nur entgegengehalten werden,wenn der Irrtum nicht von dem ursprünglichen Wechselgläubiger hervorgerufen oder erkannt wurde. Andernfalls würde nämlich der Einwand im Sinne des Art.17 WG auf die unmittelbaren Beziehungen zu einem früheren Inhaber des Wechsels begründet sein).

2) Stranz,Wechselgesetz,14.Aufl.,Einl.Anm.12; Art.17 Anm.12.

3) RGZ 14,22 ff; OLGE (Hbg) 32,342; Baumbach-Hefermehl,8.Aufl., Art.17 WG Anm.22; Hueck, Recht der Wertpapiere,9.Aufl., S.88 f; Kessler,Wechselgesetz,Art.17 Anm.1; Klausing,Wechsel- und Scheckrecht, S.50 f; Locher,Das Recht der Wertpapiere, S.46; Rilk, Komm.zum Wechselgesetz, S.96 f; Schumann, Handelsrecht, Bd.II S.404; v.Schwerin, Wechsel- und Scheckrecht, S.50 f; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 9.Aufl., S.88 f.

den Fällen geschützt werden, in denen der Wechsel mit dem - wenn auch fehlerhaften - Willen des Ausstellers in Umlauf kommt[1]. Dabei ist es allerdings nicht erforderlich, die Anfechtung von Wechselerklärungen auch dem ursprünglichen Wechselgläubiger gegenüber abzulehnen, wie die entgegengesetzte Auffassung meint[2]. Danach soll die Irrtumsanfechtung generell ausgeschlossen sein, weil das Wechselgesetz die Haftung aus Wechselerklärungen an deren typische Bedeutung im Wechselverkehr knüpfe. Darauf ist jedoch zu erwidern, daß die wechselrechtliche Erklärung keine Erklärung an die Öffentlichkeit ist[3]. Auch bei ihr treten die Rechtswirkungen ein, weil sie gewollt sind; nur zum Schutze gutgläubiger Dritterwerber steht der Rechtsschein der Verpflichtungserklärung häufig der Erklärung gleich. Diese den Interessen des Wechselverkehrs dienende Regelung erfordert es nicht, die Irrtumsanfechtung auch dem ersten Gläubiger gegenüber auszuschließen. Den genannten Interessen ist vielmehr Genüge getan, wenn der Schuldner sich späteren gutgläubigen Nehmern gegenüber nicht auf seinen Irrtum berufen kann.

Mit der herrschenden Ansicht ist daher die Anfechtbarkeit von Wechselerklärungen gegenüber Dritterwerbern, falls diese gutgläubig sind, zu verneinen; nur dem ersten Nehmer gegenüber kann der Wechselzeichner seinen Irrtum mit Erfolg geltend machen.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob auch der Bürge seine in wechselmäßiger Form abgegebene Verpflichtungserklärung dem ersten Bürgschaftsgläubiger gegenüber mit der

---

1) Hueck, Recht der Wertpapiere, 9.Aufl., S.88 f.

2) Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl.Einl.Anm.12; Art.17,Anm.12.

3) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.17 WG Anm.22.

Begründung anfechten kann, er habe nur eine Bürgschaft übernehmen wollen. Eine solche Anfechtung könnte an der bereits erwähnten Vorschrift des Art.31 Abs.3 WG scheitern; danach gilt die bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels als Bürgschaftserklärung. Wie bereits dargelegt, ist diese Vorschrift zwingend; ein Gegenbeweis, daß keine Bürgschaftserklärung abgegeben sei, ist einem Gutgläubigen gegenüber unzulässig[1]. Zur Begründung wird geltend gemacht, das Wechselgesetz habe in Art.31 Abs.3 die Interessen des Wechselnehmers höher bewertet als die Interessen des Unterzeichners, der in Wahrheit keine Bürgschaftserklärung abgeben wollte. Aus diesem Grunde wird allgemein angenommen, daß der Unterzeichner seine in der Unterschrift liegende Wechselbürgschaft auch dem ersten Nehmer gegenüber nicht mit der Begründung anfechten kann, er habe nicht gewußt, eine Wechselbürgschaft eingegangen zu sein[2]. Es werden hier ähnlich wie auch in sonstigen Fällen unwiderleglich vermuteter oder fingierter Willenserklärungen (z.B. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Genehmigung)[3] im Interesse des Rechtsverkehrs an eine Handlung Rechtswirkungen geknüpft, ohne Rücksicht darauf, ob ein entsprechender Wille vorhanden ist. Die Wechselbürgschaft, die in der abgekürzten Form des Art.31 Abs.3 WG übernommen worden ist, kann also vom Bürgen nicht mit der Begründung angefochten werden, er habe sich zivilrechtlich verbürgen wollen.

---

1) BGH WM 1961,298; Baumbach-Hefermehl 8.Aufl., Art.31 WG Anm.7; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.679; Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.31 Anm.5.

2) BGH WM 1961, 298; Baumbach-Hefermehl 8.Aufl., Art.31 WG Anm.7; D.Reinicke, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wechsel- und Scheckrecht, WM 1963,1142 (1143).

3) Vgl. zum Ausschluß der Anfechtung bei dieser: BGHZ 20,149 (154); 11,1 (5).

Wie aber verhält es sich, wenn der Bürge nicht nur seine Unterschrift, sondern auch eine ausdrückliche Bürgschaftserklärung auf den Wechsel gesetzt hat. In diesem Fa le liegt die Annahme nahe, daß die Anfechtung, da sie schon bei bloßer Unterschrift ausgeschlossen ist, hier erst recht verneint werden müsse, da der Erklärungsgegner sich bei einer ausdrücklichen Erklärung erst recht auf das Bestehen einer Wechselbürgschaft müsse verlassen können[1]. Diese Schlußfolgerung erscheint zutreffend. Es kann, was den Schutz des Erklärungsgegners vor einer Anfechtung betrifft, keinen Unterschied machen, ob der Bürge nur seinen Namen auf die Vorderseite des Wechsels schreibt oder ob er seine Unterschrift unter den Vermerk "als Bürge" setzt. Im zweiten Fall ist der Gläubiger zumindest ebenso schutzwürdig wie im ersten.

Damit ist nicht jegliche Anfechtung der Wechselbürgschaft ausgeschlossen; der Wechselbürge kann sich vielmehr nur nicht darauf berufen, er habe mit seiner Erklärung eine Wechselbürgschaft nicht begründen wollen. Nur für diesen Fall hat Art.31 Abs.3 WG die Interessen des Wechselnehmers höher bewertet als die des Unterzeichners, weil der Wechselnehmer darauf vertrauen können soll, daß die Unterschrift (nebst Erklärung) eine Wechselbürgschaft darstellt[2]. Eine Anfechtung mit anderer Begründung ist dagegen unter den Voraussetzungen des § 119 BGB möglich, so etwa wenn der Wechselbürge die zu sichernde Wechselforderung falsch gelesen hat und er sich in Höhe von 10.000,- DM verpflichtet hat, obwohl er glaubte, nur für 1.000,- DM einstehen zu müssen. Die Rechtslage ist vergleichbar mit derjenigen beim Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Wenn nach vorausgegangenen Vertragsver-

---

1) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.679.

2) BGHZ 34, 179 (182) = WM 1961, 288.

handlungen zwischen Kaufleuten einer der Partner dem anderen das Geschäft schriftlich bestätigt, so gilt das Geschäft mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, wenn der Empfänger nicht widerspricht. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs hätten eine Antwort von ihm erfordert, daher muß er sich so behandeln lassen als hätte er sich mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens einverstanden erklärt. Der Empfänger kann das Geschäft insbesondere nicht mit der Begründung anfechten, er habe die Wirkungen seines Schweigens nicht gekannt[1], da das dem Sinn und Zweck der Behandlung des Schweigens als Genehmigung widersprechen würde[2]. Dagegen kann die Anfechtung wohl auf einen Irrtum über den Inhalt des Bestätigungsschreibens oder darauf gestützt werden, der Zustimmende habe sich über eine wesentliche Eigenschaft des Geschäftspartners oder der Kaufsache geirrt[3]. Diese Irrtumsfälle werden nämlich von dem Zweck der Zurechnung des Schweigens nicht betroffen, sie könnten ebensogut vorliegen, wenn der Empfänger dem Bestätigungsschreiben ausdrücklich zugestimmt hätte.

Ähnlich verhält es sich bei der Wechselbürgschaft. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit geltend gemacht wird, eine Wechselbürgschaft sei nicht beabsichtigt gewesen; auf einen

---

1) BGHZ 20, 149 (154);11,1 (5); Erman-Westermann,Handkomm.zum BGB, 3.Aufl., § 119 Anm.1; Flume, Das Rechtsgeschäft,S.667.

2) Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., § 153 IV, B 2 a (S.948); Erman-Westermann, Handkommentar zum BGB, 3.Aufl., § 119 Anm.1.

3) Diederichsen, Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966, 129 (137); Enneccerus-Nipperdey,Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., § 153 IV B 2 a (S.948); Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 54 f; Flume, Das Rechtsgeschäft, S.667, 668.

sonstigen Irrtum über den Inhalt der Bürgschaftserklärung (erklärt 10.000,- DM - gewollt 1.000,- DM) kann der Wechselbürge sich dagegen berufen.

Danach kann derjenige, der sich in wechselmäßiger Form verbürgt hat, die Wechselbürgschaft nicht mit der Begründung anfechten, es sei eine Bürgschaft beabsichtigt gewesen.

Wenn der Bürge umgekehrt objektiv eine Bürgschaft eingegangen ist, subjektiv aber eine Wechselbürgschaft begründen wollte, so ist eine Anfechtung auf Grund der bisherigen Erörterungen nicht ausgeschlossen. Hier taucht jedoch das allgemein-bürgerlichrechtliche Problem auf, ob ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Erklärung zur Anfechtung nach § 119 Abs.1 BGB berechtigt.

Die heute wohl einhellige Meinung hält den Rechtsfolgenirrtum für einen Inhaltsirrtum i.S. von § 119 BGB, wenn die Rechtsfolgen einen Teil der Willenserklärung bilden und der Erklärende insoweit über die Bedeutung der Erklärung irrt[1]. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn der Irrtum sich auf die Hauptfolgen des Geschäfts bezieht, wenn also ein Rechtsgeschäft erklärt worden ist, das eine wesentlich andere als die gewollte Rechtswirkung äußert[2]. Die Anfechtung ist dagegen ausgeschlossen, wenn ein ohne Irrtum erklärtes Geschäft außer der irrtumsfrei erstrebten Wirkung noch andere nicht erkannte und gewollte Nebenwirkungen erzeugt. So kann der Verkäufer

---

1) RGZ 134, 195 (197 f); 88, 278 (284 f); Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., § 167 IV 5; Erman-Westermann, Handkomm. z. BGB, 3.Aufl., § 119 Anm.7;Staudinger-Coing,Komm.z.BGB, 11.Aufl.,§ 119 Anm.44.

2) RGZ 134, 197 f; 88,284 f; Lehmann-Hübner, Allg.Teil des BGB, 15.Aufl., S.262.

nicht mit der Begründung anfechten, er habe geglaubt, nicht für Mängel haften zu müssen[1]. Die Rechtsmängelhaftung ist bloße Nebenfolge des Kaufs; sie tritt ein, ohne daß die Parteien sie zum Inhalt ihrer Erklärungen machen.
Für die Möglichkeit, die Bürgschaftserklärung anzufechten, kommt es demnach darauf an, ob es zum Inhalt der Erklärung des Bürgen gehört, er verpflichte sich gerade als Wechselbürge oder als Bürge. Das ist anzunehmen, wenn die Wechselbürgschaft eine wesentlich andere Rechtswirkung äußert als die zivilrechtliche Verbürgung, wenn die Unterschiede beider Bürgschaftsarten nicht nur Nebenwirkungen ein und derselben irrtumsfrei abgegebenen Haftungserklärung betreffen. Wie bereits ausgeführt[2], ist entgegen der Ansicht von Jacobi die Wechselbürgschaft im Verhältnis zur Bürgschaft als anderes Rechtsgeschäft anzusehen. Die Verschiedenheiten betreffen nicht nur Nebenfolgen desselben Geschäfts; vielmehr muß die Art der zu begründenden Bürgschaft in den Inhalt der Erklärung aufgenommen werden, sie gehört zum Gegenstand der Erklärung. Der Irrtum des Bürgen über die Art der abzuschließenden Bürgschaft ist also als beachtlicher Inhaltsirrtum nach § 119 Abs.1 BGB anzusehen. Wer objektiv eine Wechselbürgschaft erklärt, aber nur eine Haftung nach bürgerlichem Recht will, kann seine Erklärung anfechten.

Die Wirkung einer solchen Anfechtung wäre gemäß § 142 Abs.1 BGB Nichtigkeit des objektiv Erklärten und damit die Freistellung des Bürgen von jeglicher Haftung. In dieser rein vernichtenden Wirkung der Anfechtung kann häufig eine Unbilligkeit liegen, da der Irrende sich auf diese Weise von seiner Verpflichtung lösen kann, die ihm vielleicht aus einem ande-

---

1) Beispiel bei Erman-Westermann,Handkomm.z.BGB, § 119 Anm.7.
2) Vgl. oben S.13 ff.

ren, rechtlich unbeachtlichen Grunde nicht mehr genehm ist.Der Anfechtende würde also auf Grund der Anfechtung besser stehen, als er stünde, wenn er das wirklich Gewollte erklärt hätte.Daher wird in zunehmendem Maße die Ansicht vertreten, der Anfechtende müsse, falls der Geschäftsgegener dies anbiete, das Rechtsgeschäft so gegen sich gelten lassen, wie er es wirklich gewollt habe[1]. Diese Auffassung, die mit der Regelung des italienischen und schweizerischen Rechts übereinstimmt[2], ist zu billigen.

Das Rechtsgeschäft kommt auch dann in dem vom Irrenden gemeinten Sinne zustande, wenn der Geschäftsgegner den wahren Willen des Erklärenden sofort erkannt hat. In gleicher Weise muß der Partner auch bei nachträglicher Geltendmachung des Irrtums das Recht haben, den Irrenden an dem Geschäft an dem von ihm gewollten Sinne festzuhalten[3]. Andernfalls würde der Grundsatz, daß Willenserklärungen vom Standpunkt des Empfängers auszulegen seien, dem Empfänger zum Nachteil gereichen, obwohl dieser Grundsatz zu dessen Gunsten aufgestellt worden ist.

---

1) Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung,S.174 ff;Enneccerus-Nipperdey,Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts,15. Aufl.,§ 170 IV;Flume, Das Rechtsgeschäft,S.421 f;Fuchs, Kalkulationsirrtum und Rechenfehler, LZ 1926,18 (23);Regelsberger,Gesetz und Rechtsanwendung, JhJ 58,146 (155 ff); Staudinger-Coing,Komm.z.BGB, 11.Aufl., § 119 Anm.61; § 142 Anm.1 a; v.Tuhr, Der Allg.Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., 1.Hälfte, S.592; Uhlmann, Irrtum,veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage, LZ 1931, 129 (144 f);Weigelin,Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums,JR 1947, 108.
a.A.: Oertmann,Bürgerl.Gesetzbuch, Allg.Teil, 3.Aufl.,§ 119 Anm.11 c;Planck-Flad,Komm.zum BGB, 4.Aufl.,§ 119 Anm.I 1; Plassmann, Nochmals:Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums, JR 1948, 209; Soergel-Siebert (Hefermehl), BGB,9.Aufl.,§ 142 Anm.8; Titze,Lehre vom Mißverständnis, S.337 f; Wendt,AcP 100,1 (239 ff).

2)Art.1432 cod.civile u.Art.25 Abs.2 Schw.Obl. Recht.

3)Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S.177; Flume, Das Rechtsgeschäft, S.421 f.

Die Übertragung dieser Gedanken auf die vorliegende Untersuchung hätte zur Folge, daß der Bürge, der objektiv nach bürgerlichem Recht zu haften versprochen hat, aber nach Wechselrecht verpflichtet sein wollte, lediglich mit der Wirkung anfechten kann, daß er, falls der Gläubiger darauf besteht,als Wechselbürge in Anspruch genommen werden kann. Da es für die Wechselbürgschaft jedoch regelmäßig an der in Art.31 WG vorgeschriebenen Erklärung auf dem Wechsel oder einem Anhang fehlen wird, kommt eine sofortige Haftung des Bürgen nach Wechselrecht nicht in Betracht. Dieser ist aber, damit er auf Grund der Anfechtung nicht besser steht, als er stünde, wenn er das wirklich Gewollte erklärt hätte, verpflichtet, seine Haftung als Wechselbürge formgerecht zu begründen.

Im Ergebnis ist daher die Frage nach der Anfechtbarkeit der Wechselbürgschaft oder der Bürgschaft mit der Begründung, es sei die jeweils andere Bürgschaftsart beabsichtigt gewesen, wie folgt zu beantworten: Die Wechselbürgschaft kann nicht mit dieser Begründung angefochten werden. Die bürgerlichrechtliche Bürgschaft kann nur mit der Wirkung angefochten werden, daß der Bürge zur Neubestellung einer Wechselbürgschaft verpflichtet ist.

§ 3 Die rechtliche Wirkung und Behandlung der Bürgschaft

I. Akzessorische Haftung des Bürgen

Die Haftung des Bürgen richtet sich trotz des Charakters der Hauptschuld als Wechselverbindlichkeit nach den Bestimmungen der §§ 765 ff BGB. Der Bürge haftet demnach, im Gegensatz zum Wechselbürgen, akzessorisch; für den Umfang seiner Verpflichtung ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend (§ 767 BGB); der Bürge kann sich auf die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden und Gestaltungsrechte berufen (§§ 768,

770 BGB).

Kaum erörtert ist bisher die Frage, ob der Bürge auch die typisch wechselrechtlichen Einwendungen des Hauptschuldners, insbesondere den Einwand, der Wechsel sei nicht zur Zahlung vorgelegt und protestiert worden, geltend machen kann.

Zunächst sei die Protesterhebung erörtert. Diese ist die Beurkundung, daß die Annahme oder die Zahlung des Wechsels nach dessen Vorlegung verweigert worden ist. Die Protesterhebung ist notwendige Voraussetzung für den Rückgriff. Der Gläubiger, der es versäumt hat, den Wechsel in den Fristen des Art.44 WG zu Protest gehen zu lassen, verliert nach Art.53 WG seine Rechte gegen alle Wechselverpflichteten mit Ausnahme des Annehmers und dessen Wechselbürgen. Nimmt der Gläubiger vor Ablauf dieser Fristen, also vor Untergang seiner Rückgriffsforderungen, die Regreßschuldner in Anspruch, ohne vorher Protest erhoben zu haben,so können diese die Zahlung der Wechselsumme verweigern[1]. Es fragt sich, ob diese Rechtsfolgen, die sich aus dem Unterbleiben der Protesterhebung ergeben, nicht nur von den Rückgriffsschuldnern, sondern auch von deren Bürgen geltend gemacht werden können.

Soweit die Versäumung der in Art.44 Abs.3 WG bestimmten Fristen das Erlöschen der Hauptverbindlichkeit gemäß Art.53 WG zur Folge hat, erfordert die wechselrechtliche Natur der Hauptschuld keine besondere Beurteilung. Die Bürgschaft erlischt ebenfalls, da sie ohne Hauptverbindlichkeit nicht bestehen kann (§ 767 BGB). Es erlöschen also bei nicht rechtzeitiger Protesterhebung die Bürgschaften für die Rückgriffsschuldner; nur der Bürge des Annehmers haftet ebenso wie dieser weiter.

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.50 WG Anm.2; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.50 Anm.3; Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl., Art.50 Anm.2.

Schwieriger ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Fristen für die Protesterhebung noch nicht abgelaufen sind und daher die Wechselforderungen auch gegen die Rückgriffsschuldner noch bestehen. Kann der Gläubiger in diesem Falle vom Bürgen ohne weiteres, d.h. ohne vorherige Protesterhebung Zahlung verlangen? Wie bereits erwähnt, brauchen die Rückgriffspflichtigen nur zu zahlen, wenn ihnen Zug um Zug die Protesturkunde ausgehändigt wird[1]. Daraus sollte wegen der Akzessorietät der Bürgschaft als selbstverständlich folgen, daß auch der Bürge nicht verpflichtet sei. Diese Ansicht liegt darüberhinaus deswegen besonders nahe, weil sogar der viel strenger und von der Hauptschuld unabhängiger haftende Wechselbürge nur nach Protesterhebung haftet (Art.32 WG)[2].

Gleichwohl hat das Reichsgericht - wenn auch beiläufig ausgesprochen, daß der selbstschuldnerische Bürge sofort und ohne daß es der für den Wechselprozeß sonst erforderlichen Maßnahmen bedürfe, in Anspruch genommen werden könne[3]. Derselben Ansicht sind Staub-Stranz, die ausführen, der Bürge eines Rückgriffsschuldners müsse ohne (Vorlegung und) Protesterhebung zahlen[4].

Zur Begründung für diese Auffassung wird lediglich auf den selbstschuldnerischen Charakter der Bürgschaft hingewiesen. Dieser Hinweis kann aber die dargelegte Auffassung nicht rechtfertigen. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage

---

1) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl., Art.50 WG Anm.2;Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz,Art.50 Anm.3;Stranz,Wechselgesetz, 14.Aufl., Art.50 Anm.2.

2) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.32 WG Anm.1;Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.32 Anm.3.

3) RGZ 60, 193.

4) Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.2 Anm.23 iVm. Anm.21.

macht es in diesem Falle für die Inanspruchnahme des Bürgen nur entbehrlich, daß der Gläubiger zunächst vergeblich die Zwangsvollstreckung gegen den Rückgriffsschuldner als Hauptschuldner versucht hat (§ 771, § 773 Abs.1 Ziff.1 BGB). Unabhängig davon geht es beim Protest um die Frage, ob der Gläubiger vor der Inanspruchnahme des Rückgriffspflichtigen vom Annehmer als dem eigentlichen Wechselverpflichteten Zahlung verlangt haben muß. Der selbstschuldnerische Bürge hat lediglich darauf verzichtet, daß der Rückgriffsschuldner, für den er sich verbürgt hat, zunächst verklagt wird; sein Verzicht erstreckt sich nicht auf Einwendungen, die seinem Hauptschuldner zustehen, also insbesondere nicht darauf, daß zuvor vom Annehmer Zahlung verlangt und die Verweigerung der Zahlung in der Protesturkunde festgestellt wird. Auch sonst gibt der Bürge mit seiner selbstschuldnerischen Haftung nicht die dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen preis.

Es läßt sich auch nicht einwenden, dem Bürgen des Rückgriffsschuldners könne es gleichgültig sein, ob er sofort und unmittelbar oder erst nach vorheriger Vorlegung und Protesterhebung in Anspruch genommen werde;seine Stellung werde durch den Protest nicht verbessert. Eine solche Argumentation ist schon deswegen nicht richtig, weil die Möglichkeit besteht, daß der Annehmer auf Grund der Vorlegung des Papiers die Wechselsumme zahlt und dadurch auch die Verpflichtung des Bürgen zum Erlöschen bringt.

Darüberhinaus ist die Protesterhebung für den Bürgen auch hinsichtlich seiner eigenen Rückgriffsmöglichkeit von Bedeutung. Der Bürge kann die auf ihn gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB übergegangene Forderung gegen den Hauptschuldner nur geltend machen, wenn er diesem u.a. die Protesturkunde aushändigt, Art.50 Abs.1 WG. Er bedarf dieser Urkunde also, um selbst Befriedigung erlangen zu können. Er hat nach einer weitverbreiteten

Ansicht, insbesondere nach Auffassung der Rechtsprechung[1], auch nicht die Möglichkeit, seinerseits den Wechsel zu Protest gehen zu lassen und sich so die Protesturkunde selbst zu verschaffen. Zwar ist durch die Zahlung der Wechselsumme die Forderung des Gläubigers nach § 774 Abs.1 S.1 BGB auf ihn übergegangen. Damit hat er aber nur die sachliche, nicht auch die förmliche Berechtigung erlangt. Gerade die formelle Legitimation ist aber nach der erwähnten Auffassung, insbesondere der Rechtsprechung, zur wirksamen Protesterhebung notwendig. Ob diese Ansicht richtig ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben; sie wird später[2] zu untersuchen sein. Solange jedenfalls die Rechtsprechung die Ansicht vertritt, der nur materiell Berechtigte könne nicht Protest erheben, muß man dem in Anspruch genommenen Bürgen das Recht geben, die Zahlung der Wechselsumme verweigern zu können, wenn ihm die Protesturkunde nicht ausgehändigt wird. Andernfalls liefe der Bürge Gefahr, daß er den ihm sachlich zustehenden Anspruch nicht durchsetzen könnte.

Daher braucht der Bürge eines Rückgriffsschuldners ebenso wie dieser selbst nur nach Protesterhebung zu zahlen.

Der Bürge kann aber die Befriedigung des Gläubigers nicht nur von der Protesterhebung, sondern auch von der vorherigen Vorlegung des Wechsels zur Zahlung beim Annehmer abhängig machen.

---

1) RGZ 114,365 (368);Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz,Art.16 Anm.14;Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.16 Anm.18;Stranz,Wechselgesetz 14.Aufl.,Art.16 Anm.14;Warneyer,Komm.z.Wechselgesetz,Art.16 Anm.II (S.40 unten); a.A.: Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.16 WG Anm.15;Breit, Schattenkultus und Gespensterfurcht in Wechselprotestjudikatur und Wechselprotestwissenschaft,ZBH 8,88 (293 f);Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht,S.703;Klausing,Wechsel- und Scheckrecht,S.44;Schumann,Handelsrecht,Bd.II,S.401; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, S.234.

2) Siehe unten S.92 ff.

Wenn die Bürgschaft für einen Rückgriffsschuldner besteht, so folgt das schon daraus, daß dieser nur nach Protesterhebung zu zahlen braucht; diese ist aber von der vorherigen Vorlegung abhängig (Art.44 WG) [1].

Aber auch dann, wenn der Akzeptant der Hauptschuldner ist, kann der Bürge erst nach Vorlegung des Wechsels in Anspruch genommen werden. Für den Sichtwechsel ergibt sich das schon daraus, daß dieser gemäß Art.34 Abs.1 S.1 WG erst mit Vorlegung beim Akzeptanten fällig wird; eine nicht fällige Forderung braucht der Bürge aber ebenso wie der Hauptschuldner nicht zu erfüllen. Bei den übrigen Wechselarten (Nachsicht-, Dato- und Tagwechsel, vgl.Art.33 WG) wird der Wechsel zwar ohne Vorlegung fällig; der Annehmer braucht aber erst zu zahlen, wenn der Gläubiger ihm das Papier zur Zahlung vorgelegt hat[2]. Infolge der akzessorischen Haftung kann der Gläubiger sich demnach auch an den Bürgen erst nach Vorlegung des Wechsels zur Zahlung beim Annehmer halten. Allerdings hat der selbstschuldnerisch haftende Bürge des Annehmers darauf verzichtet, daß der Gläubiger zunächst die Zwangsvollstreckung gegen den Akzeptanten versucht. Dieser Verzicht befreit den Gläubiger aber nicht von seiner Pflicht, dem Bezogenen den Wechsel zur Zahlung vorzulegen. Wenn für den Gläubiger auch das Erfordernis der vorherigen Zwangsvollstreckung gegen den Annehmer entfällt, so besagt das nicht, daß er auch der weniger weitgehenden Pflicht zur Vorlegung des Wechsels enthoben sei. Auch hier ist vielmehr der Gesichtspunkt maßgebend, daß der Bürge mit dem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nicht zugleich auch solche Einwendungen preisgibt, die auf

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.43 Anm.2.

2) BGH NJW 1960,629;Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.38 WG,Anm. 4; Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.555.

einem anderen Rechtsgrund beruhen. Der Bürge des Akzeptanten ist daher - ebenso wie dieser selbst - nur dann zur Zahlung verpflichtet, wenn der Gläubiger dem Annehmer den Wechsel zur Zahlung vorgelegt hat.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß dem Bürgen eines Wechselschuldners auch die wechselrechtlichen Einwendungen des Hauptschuldners zustehen. Als Bürge eines Rückgriffsschuldners kann er seine Inanspruchnahme von der Protesterhebung durch den Gläubiger abhängig machen. Besteht die Bürgschaft für den Akzeptanten, muß diesem der Wechsel zunächst zur Zahlung vorgelegt werden.

II. Übergang der Bürgschaftsrechte durch Indossierung des Wechsels

Wenn der Wechselgläubiger den Wechsel weiterindossiert, so stellt sich die Frage nach dem Schicksal der zu seinen Gunsten bestehenden Bürgschaft. Gehen die Bürgschaftsrechte ebenso wie bei der Wechselbürgschaft automatisch auf den neuen Gläubiger über, verbleiben sie beim alten Gläubiger und sichern dessen mögliche Rückgriffsforderung oder erlöschen sie?

Die früher herrschende Meinung verneinte den automatischen Mitübergang im Hinblick auf Art.14 Abs.1 WG (früher Art.10 S.1 WO); dort ist bestimmt, das Indossament übertrage alle Rechte aus dem Wechsel. Hieraus ergebe sich, daß der Übergang anderer, nicht-wechselmäßiger Rechte ausgeschlossen sei[1].

1) RGZ 41,170 (172 f);Düringer-Hachenburg-Breit,Das Handelsgesetzbuch,3.Aufl.,§ 364 Anm.4;v.Godin in RGRK z.HGB,2.Aufl, § 364 Anm.4;Michaelis,Wechselrecht,Art.10 WO Anm.4;Rilk, Komm.z.Wechselgesetz,S.72;Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz,Art.14 Anm.5;Schumann,Handelsrecht,Bd.II,S.357;Staub-Gadow,Komm.z.Handelsgesetzbuch,14.Aufl.,§ 364 Anm.4;Staub-Stranz,Komm.z.Wechselordnung,12.Aufl.,Art.10 Anm.4;Warneyer,Komm.z.Wechselgesetz,Art.14, Anm.II (S.34 oben).

Folge dieser Ansicht wäre entweder das Erlöschen der Bürgschaft[1] oder das Verbleiben der Bürgschaftsrechte beim alten Gläubiger zur Sicherung der etwaigen Rückgriffsansprüche[2]. Beide Fogerungen entsprechen jedoch nicht den Belangen der Beteiligten.

Würde die Bürgschaft erlöschen, so käme der Bürge dadurch in den Genuß eines ungerechtfertigten Vorteils[3]; seine Haftung wäre beendet. Es könnte sich dann nicht einmal der ursprüngliche Gläubiger, der den Wechsel im Rücklauf wiedereingelöst hat, an den Bürgen halten. Da der Wechsel als Umlaufspapier häufig übertragen wird, würde die Haftung des Bürgen oft nicht praktisch werden, da dieser mit der ersten Indossierung von seiner Verpflichtung frei wäre.

Die zweite Möglichkeit - der alte Gläubiger bleibt Inhaber der Bürgschaftsrechte zur Sicherung seiner Rückgriffsforderung - befriedigt ebenfalls nicht, weil nach der Indossierung in erster Linie dem Erwerber an den Sicherheiten gelegen ist, die für die Wechselforderung bestehen. Der ursprüngliche Gläubiger kann, wenn er im Rückgriffswege in Anspruch genommen worden ist, ohnehin wieder auf die Rechte aus der Bürgschaft zurückgreifen[4]; er erleidet also keinen Nachteil, wenn er

---

1) Dieses Ergebnis hält Hirsch für die allein mögliche Konsequenz,Hirsch, Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht,in Beiträge zum Wirtschaftsrecht,2.Band,S.1066 (1089).

2) Darauf weisen Staub-Stranz, Komm. zum Wechselgesetz,13. Aufl., Art.14 Anm.6, hin.

3) Darauf weisen Hirsch, Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht,Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 2.Band, S.1066 (1089 ff), und Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.600, für den gleichliegenden Fall der Verpfändung hin.

4) Dazu unten S.61 f.

bei der Indossierung die Bürgschaftsrechte nicht behält. Im übrigen steht es nicht fest, daß die Einlösung des rücklaufenden Wechsels gerade vom ursprünglichen Bürgschaftsgläubiger verlangt wird. Nur in diesem Falle würde aber die Bürgschaft für ihn von Bedeutung sein.

Es wäre also am sinnvollsten, wenn mit der Indossierung des Wechsels auch die für die Wechselforderung bestehenden Bürgschaften auf den Erwerber übergingen. Dieser Erkenntnis verschloß sich auch die früher herrschende Ansicht nicht. Sie versuchte dieses Ergebnis auf Umwegen zu erreichen. So sollte die Übertragung der Bürgschaftsrechte durch besonderen Vertrag möglich (aber auch erforderlich) sein[1]. Das erscheint aber deswegen bedenklich, weil das Gesetz eine isolierte Abtretung unselbständiger Sicherungsrechte, zu denen die Bürgschaft gehört, nirgends vorsieht, bei der Hypothek durch § 1153 Abs.2 BGB sogar ausdrücklich verbietet[2]. - Ferner suchte man dem Erwerber durch die Annahme zu helfen, der Bürge gebe seine Vertragsofferte jedem der späteren Wechselgläubiger gegenüber ab. Der Bürgschaftsvertrag kommt dann durch die Annahme seitens des jeweiligen neuen Gläubigers zustande[3]. Mit Hilfe dieser Konstruktion kann der Gläubiger die Bürgschaftsrechte aber nur dann erwerben, wenn der bisherige Berechtigte ihm bei der Indossierung die Offerte des Bürgen übermittelt. - Schließlich bediente man sich noch der Konstruktion, Bürge und Gläubiger schlössen regelmäßig einen

---

1) RGZ 41,170 (172 f); v.Godin in RGRKomm. z. HGB, 2.Aufl., § 364 Anm.4;Michaelis,Wechselrecht,Art.10 WO.Anm.4;Rilk, Komm.z.Wechselgesetz, S.72; Schumann,Handelsrecht,Bd.II, S. 357.

2) Hirsch,Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht,in Beiträge z.Wirtschaftsrecht,2.Bd.S.1089 ff,hält die isolierte Übertragung der Bürgschaftsrechte für ausgeschlossen;ebenso Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, S.600 (Fußn.2).

3) RGZ 41,170 f; RG WarnRspr. 1915, Nr.9.

Vertrag zugunsten der späteren Wechselgläubiger ab[1], durch den die Wechselerwerber gemäß § 328 Abs.1 BGB unmittelbar Inhaber der Bürgschaftsrechte würden. Es fragt sich aber, ob Bürge und Gläubiger bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages an die Sicherung der späteren Wechselnehmer denken; in der Regel werden sie allein für den jetzigen Gläubiger des Wechsels eine Haftung des Bürgen begründen wollen.

Die geschilderten Konstruktionen sind juristisch nicht nur fragwürdig, sondern auch überflüssig, da der als wünschenswert und billig erkannte Übergang der Bürgschaftsrechte auf den Indossatar durch eine zumindest entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 401 BGB zu erreichen ist. Würde der Wechselgläubiger seine Rechte nicht durch Indossament, sondern durch gewöhnliche Abtretung übertragen, so gingen nach dieser Bestimmung die für die Wechselforderung bestehenden Bürgschaften auf den neuen Gläubiger über. Wenn die Übertragung durch Indossament diese Wirkung nicht haben würde, so stünde der neue Gläubiger beim Erwerb auf Grund Indossamentes schlechter als bei der gewöhnlichen Abtretung. Das Indossament will aber die Rechte des Erwerbers gegenüber der bürgerlichrechtlichen Zession gerade stärken und nicht schmälern[2].
Der Wortlaut von Art.14 Abs.1 WG, auf den die früher herrschende Meinung sich in der Hauptsache beruft, steht einem solchen Mitübergang der Bürgschaftsrechte auf den Indossatar nicht entgegen. Wenn es dort heißt, das Indossament übertrage alle Rechte aus dem Wechsel, so ist damit nicht angeordnet, daß nur die wechselmäßigen Rechte unter Ausschluß aller bür-

---

1) v.Godin in RGRKomm.z.HGB, 2.Aufl., § 364 Anm.4.

2) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.14 WG Anm.2; D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (471); Stranz, Wechselgesetz, 14. Aufl., Art. 14 Anm.7.

gerlichrechtlichen Nebenansprüche übergehen. - Auch die Natur des Wechsels als Umlaufspapier erfordert es nicht, daß das Indossament nur die Wechselrechte übertrage[1]. Eher würde umgekehrt durch den Mitübergang der unselbständigen Sicherungsrechte die Zirkulationsfähigkeit des Papiers erhöht werden[2].- Im übrigen sieht das Gesetz selbst den automatischen Erwerb akzessorischer Nebenrechte durch Indossament vor, und zwar in § 1187 BGB[3]. Eine Wechselforderung, für die eine Hypothek besteht, kann nach § 1187 S.3 BGB nicht durch Einigung und Eintragung gemäß § 1154 Abs.3 BGB übertragen werden; die Wechselrechte gehen vielmehr - wie auch sonst - durch Indossament über, wobei der Indossatar die Hypothek nach § 1153 Abs.1 BGB automatisch miterwirbt[5]. § 1187 BGB regelt also einen Fall, in dem ein unselbständiges Sicherungsrecht (die Hypothek)durch Indossament übergehen kann. Warum sollte das Gesetz, was es für die Hypothek anordnet, für andere Nebenrechte, insbesondere die Bürgschaft, ausschließen?

Allerdings wird die Auslegung des Bürgschaftsvertrages häufig ergeben, daß die Rechte aus der Bürgschaft bei der Indossierung des Wechsels nicht auf den Indossatar übergehen sollen. Bürge und Gläubiger können auf Grund der Vertragsfreiheit vereinbaren, daß der Bürge nicht dem jeweiligen Wechselgläubiger haften soll,sondern nur demjenigen,dem gegenüber er die

---

1) So aber Staub-Stranz,Kommentar zur Wechselordnung,12.Aufl., Art.10 Anm.4.

2) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.600,fordert den Übergang u.a. gerade deswegen,weil sonst die Umlaufsfähigkeit des Wechsels beeinträchtigt würde.

3) Darauf weist Hirsch, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 2.Band, S.1086,hin; zustimmend Staub-Stranz, Komm. z. Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.14 Anm.6.

4) Erman-Westermann,Handkomm. z. BGB, 3.Aufl., § 1187 Anm.6; Soergel-Siebert (Baur), BGB, 9.Aufl., § 1187 Anm.6; Staudinger-Scherübl, Kommentar zum BGB, 11.Aufl., § 1187 Anm. 3 ff.

Bürgschaft übernommen hat[1]. In diesem Falle gehen durch die Indossierung die Bürgschaftsrechte nicht unter[2], sie bleiben vielmehr für den ursprünglichen Bürgschaftsgläubiger bestehen und sichern dessen Rückgriffsansprüche für den Fall. daß dieser den rücklaufenden Wechsel einlöst[3]. Dabei ist es gleichgültig, wie man die Stellung des Indossanten nach der Indossierung sieht. Nach der einen Auffassung gehen alle Rechte vom Indossanten auf den Indossatar über[4]; nach anderer Ansicht überträgt das Indossament die Wechselrechte nur unter der auflösenden Bedingung der Wiedereinlösung durch den Indossanten[5]; schließlich wird angenommen, das Gläubigerrecht des Indossanten bleibe bestehen, nur sei für ihn die Geltendmachung der Wechselrechte ausgeschlossen, solange die Nachmänner berechtigt seien[6]. Nach jeder Meinung kann der Rückgriffs-

---

1) Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl., Art.30 Anm.9.

2) Das meinen aber Hirsch,Beiträge zum Wirtschaftsrecht,2.Bd., S.1089, sowie Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.600;

3) Staub-Stranz, Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl., Art.14 Anm.6.

4) Hirsch, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 2.Bd., S.1071 ff (1084); Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.603; Rehfeldt, Wertpapierrecht, 7.Aufl., S.60; D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (471); Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, S.215, 263 f.

5) Hueck, Recht der Wertpapiere, 4.Aufl., S.52; Rilk, Kommentar zum Wechselgesetz, S.73, Schumann, Handelsrecht, Band II, S.368; Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.14 Anm.7, 7 a; Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl, Art. 14 Anm.9.

6) RGZ 94, 227 (231); 77, 185 (190); Knur-Hammerschlag, Kommentar zum Wechselgesetz, Art.14 Anm.1; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.14 Anm.6 ff.

anspruch des Indossanten durch Bürgschaft gesichert werden, und zwar nach der ersten als künftiger (§ 765 Abs.2 BGB),nach der zweiten als aufschiebend bedingter (§ 765 Abs.2 BGB) und nach der dritten als gegenwärtiger Anspruch.

Die Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, die Rechte aus der Bürgschaft sollten bei der Indossierung nicht auf den Indossatar übergehen, wird häufig auch stillschweigend getroffen werden. Die Vertragschließenden haben vielfach nur die Sicherstellung des ursprünglichen Bürgschaftsgläubigers beabsichtigt; wenn daneben auch die späteren Wechselnehmer gesichert werden sollen, so bedient man sich in der Regel nicht der Bürgschaft, sondern der Wechselbürgschaft oder des Indossaments. Für den Wechselverkehr sind nämlich in erster Linie die auf dem Papier stehenden Unterschriften maßgebend; diese machen den Wert und die Umlaufsfähigkeit des Wechsels aus und nicht außerhalb der Urkunde bestehende bürgerlichrechtliche Sicherheiten.

Ist dagegen der Bürgschaftsvertrag dahin auszulegen, daß der Bürge auch den späteren Wechselnehmern einzustehen hat, so gehen die Bürgschaftsrechte unmittelbar durch das Indossament auf den neuen Gläubiger über, ohne daß eine besondere Übertragung oder ein Vertrag zugunsten der späteren Wechselnehmer (§ 328 BGB) zwischen dem Bürgen und dem ersten Bürgschaftsgläubiger nötig wäre.[1)]
Dieser Übergang der Bürgschaftsrechte auf den Indossatar bringt für den Bürgen unter Umständen eine Verschlechterung seiner Stellung mit sich. Der Hauptschuldner kann nämlich dem

1) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.14 WG Anm.2;Hirsch,Beiträge z.Wirtschaftsrecht,2.Bd.,S.1091;Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht,S.600;Keßler,Wechselgesetz,Art.14 Anm.4;Neis,Der Wechsel und seine Deckung,S.34;D.Reinicke,Wechselbürgschaft u. Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit,WM.1961,466(471); Schlegelberger-Hefermehl,Handelsgesetzbuch,4.Aufl.,§ 364 Anm.4;Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl..Art.14

gutgläubigen Indossatar die gegen den Indossanten bestehenden persönlichen Einwendungen nicht entgegenhalten (Art.17 WG); infolge seiner seiner akzessorischen Haftung kann auch der Bürge sich dem Nehmer gegenüber nicht auf die früheren Einwendungen berufen. Der Bürge haftet folglich auf Grund der Indossierung den neuen Gläubiger ohne Einredemöglichkeit, obwohl er sich gegenüber dem alten Gläubiger durch Einrede wehren konnte. Insoweit übt die Eigenart des Wechselrechts - einredefreier Erwerb der Wechselrechte durch den Indossatar - auch Einfluß auf die Stellung des Bürgen aus. Dabei handelt es sich in der Sache lediglich um eine Konkretisierung des Inhalts der Bürgschaftserklärung; wenn der Bürge - wie die Auslegung des Vertrages ergeben hat - auch den späteren Nehmern haften will, so kann seine Erklärung nur dahin verstanden werden, daß er für die Wechselverbindlichkeit in ihrem jeweiligen Bestand einzustehen habe. Der Bürge weiß, daß die Wechselforderung durch häufige Übertragung ständigen Änderungen unterworfen sein kann und insbesondere der Hauptschuldner dem einen Gläubiger Einwendungen entgegensetzen kann, die ihm gegen den anderen Gläubiger nicht zustehen. Auch sonst haftet ein Bürge für die Hauptverbindlichkeit in ihrem jeweiligen Umfang (767 Abs.1 S.1 BGB), es sei denn, der Hauptschuldner habe durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung (§ 767 Abs.1 S.3 BGB) oder durch Verzicht auf Einreden (§ 768 Abs.2 BGB) seine eigene Haftung verschärft.
Wenn also Bürge und Gläubiger den Übergang der Rechte aus der Bürgschaft nicht ausgeschlossen haben, so haftet der Bürge den Wechselnehmern ebenso wie der Hauptschuldner.

Der Übergang der Bürgschaftsrechte auf den Wechselerwerber kann nicht nur in dem Bürgschaftsvertrage, also durch Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem ursprünglichen Gläubiger

---

Anm.6; Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl., Art.14 Anm.7.

abbedungen werden, vielmehr können auch Indossant und Indossatar den Übergang ausschließen. Auch in diesem Fall sichert die Bürgschaft die etwaigen Rückgriffsansprüche des Indossanten[1]. Der Übergang der Bürgschaftsrechte kann auch hier stillschweigend ausgeschlossen werden. Einen solchen Ausschluß wird man dann annehmen können, wenn der Indossant die Bürgschaftsurkunde für sich zurückbehält und nichts von der bestehenden Sicherung erwähnt[1]. Zwar vollzieht sich bei der gewöhnlichen Übertragung von Forderungen der Mitübergang akzessorischer Rechte kraft Gesetzes, ohne daß die Vertragschließenden das besonders vereinbaren müßten und ohne daß das Bestehen der Nebenrechte dem Erwerber bekannt zu sein brauchte[2]. Wenn aber bei der Indossierung eines Wechsels von einer vorhandenen Bürgschaft mit keinem Wort gesprochen wird, so muß man davon ausgehen, daß der Erwerber nur die aus der Urkunde ersichtlichen Rechte erhalten solle. Anders als bei der normalen Zession ist es nämlich bei der Übertragung von Wechselrechten sinnvoll, daß der Veräußerer bestehende Sicherheiten für sich behält, damit er auf sie, wenn er selbst Regreß nehmen will, zurückgreifen kann. Indem der Indossatar eine vorhandene Bürgschaft bei der Indossierung verschweigt, bringt er zum Ausdruck, daß er nur die Wechselrechte übertragen will und die Rechte gegen den Bürgen zu seiner persönlichen Sicherheit für seine Rückgriffsforderungen dienen sollen. - Hinzu kommt, daß der Indossatar die Wechselrechte lediglich im Vertrauen auf die Haftung der bisherigen Unterzeichner erwirbt; auf eine weitergehende Sicherung durch zivilrechtliche Bürgschaft legt er in der Regel keinen Wert.

---

1) Staub-Stranz, Komm. zum Wechselgesetz, 13.Aufl.,Art.14 Anm.6.

2) RG LZ 1917,320 (Nr.3); BGB-RGRK (Löscher), 11.Aufl., § 401 Anm.2; Soergel-Siebert (Reimer Schmidt), Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., § 401 Anm.1.

Wenn also bei der Indossierung die Bürgschaft nicht erwähnt wird, so ist anzunehmen, daß nur die Forderungen aus dem Wechsel ohne die Bürgschaftsrechte auf den Indossatar übergehen sollen[1)]

§ 4 Wirkungen der Zahlung durch den Bürgen

I. Erwerb der Wechselforderung gegen den Hauptschuldner

Mit der Befriedigung des Wechselgläubigers durch den Bürgen geht auf diesen nach § 774 Abs.1 S.1 BGB die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über. Der Bürge des Akzeptanten erwirbt mit der Zahlung den Anspruch gegen den Akzeptanten, der Bürge des Ausstellers die Forderung gegen diesen usw. Dieser Übergang der Wechselrechte gegen den Hauptschuldner ist unzweifelhaft und unbestritten[2)].

II. Erwerb der Wechselforderungen gegen die Vor- und Nachmänner

Streitig und ungeklärt ist dagegen die Frage, ob der Bürge mit der Forderung gegen den Hauptschuldner auch die Ansprüche gegen dessen Vor- und Nachmänner erwirbt. Dabei scheiden selbstverständlich Ansprüche gegen diejenigen Wechselschuldner aus, die nicht nur dem Hauptschuldner, sondern auch dem befriedigten Wechselgläubiger nachgehen. Dieser hat nämlich gegen seine Nachmänner keine Forderungen, die der Bürge erwerben könnte. Wenn also beispielsweise der Bürge den Remittenten als Bürgschaftsgläubiger befriedigt hat, so kann er sich nicht an die nachfolgenden Indossanten halten.

1) Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz, 13.Aufl.,Art.14 Anm.6.

2) BGH WM 1961,478; RG JW 1926,2908 (2909);Staub-Stranz,Komm. z.Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.11 Anm.23.

Es geht vielmehr allein um Ansprüche gegen diejenigen Verpflichteten, die dem befriedigten Gläubiger vorgehen. Wenn der Bürge sich z.B. dem ersten Indossatar gegenüber für die Schuld des Ausstellers verpflichtet hat, so fragt es sich,ob er mit der Zahlung neben dem Anspruch gegen den Aussteller auch die Forderungen gegen den Akzeptanten als Vormann und gegen den Remittenten als Nachmann des Ausstellers erhält.

Für die Wechselbürgschaft hat Art.32 Abs.3 WG angeordnet,daß nur die Ansprüche gegen die Vormänner auf den Bürgen übergehen; dementsprechend gehen die Forderungen gegen die Nachmänner unter. Diese Regelung ist aber nicht ohne weiteres auf die Bürgschaft übertragbar; bei dieser ist die Frage des Rückgriffs vielmehr auf Grund der bürgerlichrechtlichen Bestimmungen, und wenn diese eine Antwort nicht geben, auf Grund der bei der Bürgschaft bestehenden Interessenlage zu lösen.

1) Was zunächst die Ansprüche gegen die Vormänner des Hauptschuldners betrifft, so ließe sich ein Übergang dieser Forderungen auf den zahlenden Bürgen mit folgender Argumentation verneinen: Gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB erwerbe der Bürge nur den Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner; die Vormänner seien aber nicht Hauptschuldner, so daß ein Rechtserwerb unmittelbar nach § 774 Abs.1 S.1 BGB ausscheide. Die Ansprüche gegen die Vormänner gingen auch nicht entsprechend § 401, 412 BGB über, da diese Forderungen nicht Nebenrechte des Anspruchs gegen den Hauptschuldner seien. Der Anspruch gegen den Akzeptanten sichere nicht die Forderung gegen den Aussteller, sondern werde umgekehrt durch diese Forderung gesichert[1]. Eine solche Auffassung würde jedoch den Belangen der

1) Mit dieser Begründung verneinen das OLG Hamburg LZ 1907, 359 ff und neuerdings v.Godin in RGRKomm.zum HGB, 2.Aufl., § 349 Anm.38, den Übergang der Ansprüche gegen die Vormänner.

Beteiligten nicht gerecht.

Gingen die Forderungen gegen die Vormänner nicht mit auf den zahlenden Bürgen über, so müßten diese Ansprüche entweder erlöschen, beim befriedigten Gläubiger bleiben oder auf einen anderen Wechselbeteiligten übergehen.

Würden die Ansprüche gegen die Vormänner des Hauptschuldners erlöschen, so käme man zu einem höchst interessewidrigen Ergebnis. Die Vormänner und damit auch der Akzeptant als der eigentliche Wechselschuldner würden von ihrer Verbindlichkeit befreit. Der Bürge trüge das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners; er würde in diesem Falle trotz Zahlungsfähigkeit der Vormänner leer ausgehen, obwohl weder er noch der Hauptschuldner der eigentliche und letzte Wechselverpflichtete ist. Noch unbilliger wäre es für den Hauptschuldner, wenn die Ansprüche gegen seine Vormänner untergingen. Er könnte sich, falls er die Rückgriffsforderung des Bürgen erfüllt hätte, nicht an diejenigen halten, auf deren Haftung er beim Erwerb der Wechselrechte vertraut hat.

Bedenken bestehen auch gegen die Auffassung, daß die Ansprüche gegen die Vormänner des Hauptschuldners bei dem vom Bürgen befriedigten Wechselgläubiger bleiben. Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Hamburg vertreten[1]. Man fragt sich aber, warum der in voller Höhe zu seinem Recht gekommene Gläubiger wegen der befriedigten Forderung Ansprüche gegen weitere Schuldner behalten soll. Er könnte diese Forderung nicht geltend machen, weil er einmal den Wechsel nicht mehr besitzt, und weil er zum anderen alles, was er beanspruchen kann, bereits erhalten hat. Auch sonst kann ein Gläubiger nicht mehrmals Befriedigung verlangen, mögen ihm auch mehrere Schuldner zur Verfügung stehen. Nicht der befriedigte

1) LZ 1907, 359 ff.

Gläubiger hat also ein Interesse an den Ansprüchen gegen die Vormänner, sondern der Bürge, da dieser durch die Zahlung der Wechselsumme ein finanzielles Opfer gebracht hat, das im Ergebnis nicht er, sondern der Annehmer als letzter in der Reihe der Vormänner zu tragen hat.
Die Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg, der befriedigte Gläubiger behalte seine Rechte gegen die Vormänner des Hauptschuldners, würde im übrigen - ebenso wie die Auffassung, die Ansprüche gingen unter -[1] dazu führen, daß die Vormänner und damit auch der Akzeptant als Hauptwechselschuldner unter Umständen von niemandem in Anspruch genommen werden könnten. Wenn beispielsweise die Bürgschaft für den Aussteller besteht, so würde der Bürge nach der erwähnten Ansicht mit der Zahlung nur den Anspruch gegen den Aussteller erwerben; die gegen den Annehmer gerichtete Forderung bliebe beim Gläubiger, der sie aber nicht geltend machen könnte. Es könnten also weder der befriedigte Gläubiger noch der Bürge die Vormänner, unter ihnen den Annehmer als den eigentlichen Wechselverpflichteten, in Anspruch nehmen. Die Forderung gegen den Hauptwechselschuldner würde demnach in der Luft schweben. Diesen Bedenken begegnet das Oberlandesgericht mit der Konstruktion, der Aussteller erwerbe seinerseits mit der Befriedigung des Bürgen und der Besitzerlangung am Wechsel den bei dem Gläubiger verbliebenen Anspruch gegen den Annehmer. Wie dieses Ergebnis dogmatisch allerdings zu begründen ist, kann das Oberlandesgericht selbst nicht angeben. Außerdem muß diese Konstruktion dann versagen, wenn der Aussteller den Bürgen wegen Zahlungsunfähigkeit oder aus einem sonstigen Grunde nicht befriedigt. Der Anspruch gegen den Akzeptanten ginge dann nicht auf den Aussteller über; der Annehmer als Hauptwechselschuldner bliebe nicht vorübergehend, sondern dauernd vor der Inanspruchnahme bewahrt. Um dieses Ergebnis zu ver-

1) Siehe oben S.57.

meiden, hilft das Gericht sich mit der gewagten Konstruktion, der Bürge könne beim Aussteller dessen Forderung gegen den Akzeptanten pfänden und sich überweisen lassen[1]. Wie kann aber beim Aussteller eine Forderung gepfändet werden, die dieser erst durch die Befriedigung des pfändenden Bürgen erwerben soll.

Das gewünschte Ergebnis - die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Annehmers - läßt sich entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg einfacher durch den Übergang der Forderung gegen den Annehmer als Vormann des Ausstellers erreichen.

Abwegig wäre schließlich auch die Annahme, die Forderung des Wechselgläubigers gegen die Vormänner des Hauptschuldners ginge auf einen anderen Wechselbeteiligten, etwa den Hauptschuldner, über. Einmal könnte dieser den Anspruch ohne Wechselbesitz nicht geltend machen; zum anderen wäre es höchst unbillig, ihn die Wechselforderung erwerben zu lassen, da nicht er, sondern der Bürge das finanzielle Opfer gebracht hat. Diesem die Ansprüche gegen die Vormänner zuzubilligen, erscheint deshalb allein angemessen und interessegemäß. Dieses Ergebnis entspricht auch der herrschenden Meinung[2].

Fraglich kann nur sein, wie dieses aus der Interessenbewertung gefundene Ergebnis methodisch richtig einzuordnen ist. - Die herrschende Ansicht läßt die Wechselforderungen gegen die Vormänner des Hauptschuldners in entsprechender Anwendung von

---

1) OLG Hbg.,LZ 1907,359 ff;v.Godin in RGRKomm.z.HGB,2.Aufl., § 349 Anm.38.

2) RGZ 60,191 (193); RG Seuff Arch 62 Nr.84;JW 1926,2909;1907, 745 (746);BGB-RGRK (Löscher),11.Aufl.,§ 401 Anm.3;D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961,466 (468);Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl.,Art.11 Anm.23.

§ 401 Abs.1 BGB auf den zahlenden Bürgen übergehen[1]. Man kann allerdings gewisse Bedenken haben, ob die Ansprüche gegen die Vormänner des Hauptschuldners, insbesondere gegen den Akzeptanten, als Nebenrechte der Wechselforderung gegen den Hauptschuldner anzusehen sind. Zwar ist die Aufzählung von Hypotheken, Pfandrechten und Bürgschaften in § 401 BGB nur beispielhaft;die entsprechende Anwendung der Bestimmung erscheint aber deshalb zweifelhaft, weil nicht die Wechselansprüche gegen die Vormänner die Forderung gegen den Hauptschuldner sichern sollen, vielmehr umgekehrt die Haftung des Hauptschuldners verstärkend zur Schuld des Vormannes hinzutritt.

Man kann diesen dogmatischen Bedenken jedoch mit dem Hinweis darauf begegnen, daß für den Bürgen die Forderung gegen den Hauptschuldner das Hauptrecht ist. Der Bürge verläßt sich in erster Linie darauf, gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen zu können. Die Haftung weiterer Wechselbeteiligter, also auch der Vormänner, bedeutet für ihn nur die zusätzliche Verstärkung und Sicherung der Hauptforderung. Daher erscheint die entsprechende Anwendung von § 401 Abs.1 BGB gerechtfertigt.

2) Die bisherige Untersuchung betraf die Wechselforderungen gegen die Vormänner des Hauptschuldners. Zweifelhafter und schwieriger ist indessen die Rechtslage bezüglich der Wechselschuldner, die zwar Vormänner des vom Bürgen befriedigten Wechselgläubigers, aber Nachmänner des Hauptschuldners sind. Wenn die Bürgschaft beispielsweise zugunsten des ersten Indossatars für die Schuld des Ausstellers besteht, so erwirbt der Bürge gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB mit der Zahlung der Wech-

---

1) RG JW 1926,2909; 1907,745 (746); BGB-RGRK (Löscher),11.Aufl, § 401 Anm.3; D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (468).

selsumme die Forderung gegen den Aussteller und wie in der vorhergehenden Untersuchung dargelegt - auch die Forderung gegen den Annehmer. Jetzt ist zu erörtern, ob der Bürge auch Inhaber der Wechselforderung gegen den Remittenten als Zwischenmann zwischen Gläubiger und Hauptschuldner wird.

a.) Diese Frage läßt sich noch verhältnismäßig leicht und sicher für den Fall beantworten, daß der Remittent früher selbst Bürgschaftsgläubiger gewesen ist und die Rechte aus der Bürgschaft mit dem Indossament gemäß § 401 Abs.1 BGB auf den Indossatar übergegangen sind[1]. Hätte der Remittent den Wechsel nicht indossiert, wäre er also selbst noch aus Wechsel und Bürgschaft berechtigt, so würde der Bürge mit der Zahlung an den Remittenten nur dessen Anspruch gegen den Aussteller und den Akzeptanten erwerben. Er könnte sich nicht an den Remittenten, seinen eigenen Gläubiger, halten. Das Ergebnis kann nicht anders sein, wenn dieser den Wechsel indossiert hat und dadurch der Indossatar Inhaber der Wechsel- und Bürgschaftsrechte geworden ist. Würde man in diesem Falle dem Bürgen,der den Gläubiger befriedigt hat, Ansprüche gegen den Remittenten zubilligen, dann könnte dieser sich unmittelbar nach der Erfüllung dieser Ansprüche seinerseits wieder an den Bürgen halten. Der Bürge hat dem Remittenten zu haften versprochen, so daß dieser, sobald er die Wechselsumme entrichtet hat, den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Ebenso wie nämlich die Bürgschaft beim Vorlauf des Wechsels auf den Indossatar übergeht,[1] muß sie beim rücklaufenden Wechsel demjenigen wieder zustehen, in dessen Person sie früher bestanden hat[2]. Es widerspräche der Interessenlage, insbesondere den Belangen des früheren Bürgschaftsgläubigers, der als Regreßpflichtiger den Wechsel bezahlt hat, wenn die Bürgschaft in diesem Falle erlöschen

1) Siehe oben S.46 ff, 52.

2) D. Reinicke, WM 1961, 466 (471).

würde. Da also der Remittent sich nach Einlösung des Wechsels an den Bürgen halten kann, müßte dieser das, was er vom Remittenten verlangt, sogleich wieder herausgeben. Der Bürge würde folglich mit seinem Zahlungsverlangen gegen Treu und Glauben, nämlich gegen den Grundsatz "dolo facit, qui petit, quod redditurus est", verstoßen. Gegen diejenigen Nachmänner des Hauptschuldners also, die früher selbst Bürgschaftsgläubiger gewesen sind, erwirbt der zahlende Bürge keine Rechte; vielmehr können diese Nachmänner sich, wenn sie den rücklaufenden Wechsel eingelöst haben, an den Bürgen halten. Für dieses Ergebnis ist es gleichgültig, ob die betreffenden Nachmänner selbst Vertragsgegner der Bürgschaftsvereinbarung gewesen sind oder ob sie die Bürgschaftsrechte erst auf Grund des Indossaments entsprechend § 401 BGB von ihrem Vormann erhalten haben. Auch in diesem zweiten Falle können nur die Nachmänner den Bürgen, nicht aber kann der Bürge die Nachmänner in Anspruch nehmen.

b.) Außerordentlich zweifelhaft und umstritten ist die Rechtslage aber bezüglich derjenigen Nachmänner des Hauptschuldners, die selbst nicht Inhaber der Bürgschaftsforderung gewesen sind. Der Bürgschaftsvertrag ist in diesem Falle zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, als die Nachmänner den Wechsel bereits weitergegeben hatten. Ein solcher Sachverhalt hat dem Bundesgerichtshof[1] vor einiger Zeit zur Entscheidung vorgelegen: Der Bürge hatte die Bürgschaft für die Schuld des Akzeptanten zugunsten eines Indossatars übernommen. Er war der Ansicht, daß er mit der Befriedigung des Indossatars nicht nur dessen Wechselforderung gegen den Annehmer, sondern auch den Anspruch gegen den Aussteller, den Nachmann des Annehmers und Vormann des befriedigten Gläubigers also, erworben habe.- Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung nicht geteilt und infolgedessen die Klage des Bürgen gegen den Aussteller abge-

1) BGHZ 35,19 = WM 1961,478.

wiesen. Das Gericht begründet seine Entscheidung mit der "Eigenart der wechselrechtlichen Haftung". Der Bürge stehe - ebenso wie der Wechselbürge - gewissermaßen "auf der gleichen Stufe" wie der Wechselschuldner, für den er sich verbürgt habe. Befriedige er den Gläubiger, so gingen, wie bei der Wechselbürgschaft, nur die Ansprüche gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner auf ihn über; die gegen die Nachmänner des Hauptschuldners gerichteten Forderungen sollen dagegen nach Ansicht des Bundesgerichtshofes erlöschen.
Auch das Reichsgericht hatte sich zweimal mit ähnlichen Fällen zu befassen. Dort hatte der Bürge sich für die Schuld des Ausstellers gegenüber dem Remittenten bzw. einem Indossatar verbürgt; er erwarb also mit der Bezahlung des Wechsels unzweifelhaft die Forderungen des Wechselgläubigers gegen den Aussteller und den Annehmer. Die vom Reichsgericht entschiedenen Fälle wiesen aber die Besonderheit auf, daß das Akzept gefälligkeitshalber gegeben war. Zwar blieb der Annehmer damit im Außenverhältnis Vormann des Ausstellers; im Innenverhältnis ging er diesem aber nach[1]. Die Frage war auch hier, ob der Bürge sich nur an den Aussteller als Hauptschuldner oder auch an den Annehmer, der - wenn auch nur im Innenverhältnis - Nachmann des Ausstellers war, halten konnte. In der früheren Entscheidung hat das Reichsgericht[2] die Frage mit der Begründung verneint, die Zahlung des Bürgen sei im Verhältnis zum Akzeptanten so anzusehen, als habe der Hauptschuldner, der Aussteller, selbst gezahlt; diesem gegenüber könne der Annehmer aber den Einwand des Gefälligkeitsakzeptes entgegenhalten. Demnach dürfe auch der Bürge den Akzeptanten nicht in Anspruch nehmen. Diese Entscheidung des Reichsgerichts geht einen Schritt weiter als das Urteil des Bundesge-

1) D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (469).

2) RG Seuff.Arch. 62 Nr.84.

richtshofes; dem Bürgen wurde ein Anspruch sogar gegen denjenigen Wechselschuldner versagt, der dem Hauptschuldner nur im Innenverhältnis nachging, nach außen aber dessen Vormann war.
In dem späteren Rechtsstreit hat das Reichsgericht ohne Begründung und ohne Auseinandersetzung mit dem früheren Urteil entgegengesetzt entschieden[1] und ausgeführt, der Bürge trete durch die Befriedigung des Wechselgläubigers an dessen Stelle. Diesem gegenüber habe der Akzeptant den Einwand des Gefälligkeitsakzeptes nicht geltend machen können, also dürfe er sich auch dem Bürgen gegenüber nicht darauf berufen. In dieser Entscheidung sieht das Reichsgericht den zahlenden Bürgen im Gegensatz zu seinem früheren Urteil und zur Ansicht des Bundesgerichtshofes in vollem Umfange als Rechtsnachfolger des befriedigten Gläubigers an; es behandelt den Bürgen ebenso, wie wenn der Gläubiger diesem die Wechselrechte abgetreten hätte.

Die Auffassung des Bundesgerichtshofes (und die noch weitergehende der früheren Reichsgerichtsentscheidung[2]) nach der die Wechselforderungen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners nicht auf den zahlenden Bürgen übergehen, bedarf einer Überprüfung. Dieser Ansicht hat sich inzwischen zwar die herrschende Lehre angeschlossen[3]. Diese hat aber zumeist ohne

---

1) RG JW 1926, 2909 a.E.

2) RG Seuff.Arch. 62 Nr.84.

3) Erman-Wagner,Handkomm.z.BGB, 3.Aufl.,§ 774 Anm.3;(im Nachtragsheft für den 1.Band);Haager,Anm.z.BGB LM § 774 Nr.4; Palandt-Gramm,Bürgerliches Gesetzbuch,25.Aufl.,Einl.zu § 796 Anm.3 e; D.Reinicke,Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (468 f); Rosenthal-Bohnenberg,Bürgerliches Gesetzbuch,15.Aufl.,Anhang zu § 765 III 7 (RN 2444); Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl), BGB, 9.Aufl., § 774 Anm.11.

nähere eigene Stellungnahme die Meinung des Bundesgerichtshofs übernommen.

Zunächst sei bemerkt, daß die in der Entscheidung angegebenen Literaturstellen für die dort vertretene Auffassung nicht viel hergeben. Die zitierten Autoren führen lediglich aus, der Bürge erwerbe die Ansprüche des befriedigten Wechselgläubigers gegen die Vormänner des Hauptschuldners[1]. Daraus scheint der Bundesgerichtshof den Schluß zu ziehen, daß nach Ansicht dieser Schriftsteller umgekehrt die Forderungen gegen die Nachmänner nicht auf den Bürgen übergehen, sondern erlöschen. Ob die angeführten Literaturbelege zu einer solchen Folgerung berechtigen, erscheint aber zweifelhaft. Da die Rechtslage hinsichtlich derjenigen Wechselverpflichteten, die dem Hauptschuldner nachgehen, dort nicht ausdrücklich erwähnt wird, liegt es immerhin nahe, daß nur die Stellung der Vormänner behandelt werden sollte.
Im übrigen hält der Bundesgerichtshof das Erlöschen der Ansprüche gegen die Nachmänner des Hauptschuldners für so selbstverständlich, daß er zur Begründung lediglich auf die "Eigenart der wechselrechtlichen Haftung" hinweist und ausführt, der Bürge stehe hinsichtlich des Rückgriffs mit dem Hauptschuldner auf der gleichen Stufe. Ebenso wie diesem nach Zahlung der Wechselsumme nur Ansprüche gegen seine Vormänner zustünden, erwerbe auch der Bürge keine Rechte gegen die Nachmänner des Hauptschuldners. Der Bundesgerichtshof behandelt also insoweit die Zahlung durch Bürgen und Hauptschuldner gleich. Eine solche Gleichstellung hatte das Reichsgericht in seiner früheren Entscheidung bereits aus-

---

1) Locher, Das Recht der Wertpapiere, S.130; Michaelis, Wechselrecht, Art.81 WO Anm.10; Staub-Stranz, 13.Aufl., Art.11 Anm.23.

drücklich vorgenommen[1]. Das wäre aber - ohne weitere Begründung - nur dann gerechtfertigt, wenn der Bürge durch die Zahlung Rechtsnachfolger des Hauptschuldners würde; dann könnte er nur diejenigen in Anspruch nehmen, von denen auch der Hauptschuldner Zahlung verlangen kann, und es könnten ihm alle Einwendungen entgegengehalten werden, die auch dem Hauptschuldner gegenüber begründet sind. Es kann jedoch keine Rede davon sein, daß der Bürge Rechtsnachfolger des Wechselschuldners ist, für den er die Bürgschaft übernommen hat; der Bürge tritt vielmehr gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB in die Rechte des befriedigten Gläubigers ein.

Die Ansicht des Bundesgerichtshofes folgt auch nicht aus der Regelung, die das Gesetz für die Wechselbürgschaft getroffen hat. Bei dieser gehen gemäß Art.32 Abs.3 WG nur die Ansprüche gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner auf den zahlenden Wechselbürgen über; die Forderungen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners erlöschen. Der Bundesgerichtshof behandelt also im Hinblick auf den Rückgriff den Bürgen und den Wechselbürgen gleich. Diese Gleichstellung hätte aber einer eingehenden Begründung bedurft. Das Gesetz regelt den Erwerb der Wechselrechte durch den zahlenden Bürgen auch sonst unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um eine zivilrechtliche oder eine wechselmäßige Verbürgung handelt. Der Wechselbürge erhält die Regreßforderungen durch einen Vorgang, der sich rein nach Wechselrecht richtet. Er erlangt eine wechselmäßige Position, die sich insbesondere darin äußert, daß Einwendungen gegen ihn nur im Rahmen des Art.17 WG zulässig sind[2]. - Anders verhält es sich dagegen beim Bürgen. Die Ansprüche des

---

1) RG SeuffArch. 62 Nr.84.

2) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl., Art.32 WG Anm.3;Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S.689; Staub-Stranz, Kommentar z. Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.32 Anm.7.

Wechselgläubigers gehen auf ihn gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB über. Der Erwerb seiner Rückgriffsforderunger richtet sich nicht nach Wechselrecht, sondern vollzieht sich kraft bürgerlichen Rechts. Er muß sich gemäß § 774 Abs.1 S.1, §§ 412, 404 BGB alle Einwendungen entgegenhalten lassen, die auch dem Hauptschuldner und dessen Vormännern gegenüber dem bisherigen Wechselgläubiger zustanden. - Aus dieser unterschielichen Behandlung von Bürgschaft und Wechselbürgschaft hinsichtlich der Einreden gegen den rückgriffnehmenden Bürgen soll und darf allerdings nicht gefolgert werden, daß die Zahlung durch den Bürgen auch in allen übrigen Beziehungen, insbesondere hinsichtlich des Übergangs der Ansprüche gegen die Nachmänner, anders zu beurteilen sei als die Zahlung durch den Wechselbürgen. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die das Gesetz an die Zahlung des Bürgen im Hinblick auf die Einreden gegen den Bürgen knüpft, lassen es aber bedenklich erscheinen, die Zahlungen beider Bürgen bezüglich der Ansprüche gegen die Nachmänner ohne weiteres gleichzusetzen, wie der Bundesgerichtshof das getan hat.

Auch die Ausführungen Reinickes, der der Auffassung des Bundesgerichtshofes zustimmt, enthalten keine Begründung für die herrschende Meinung[1]. Insbesondere stellen die Erörterungen darüber, daß zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners ein Rangverhältnis zugunsten der Nachmänner bestehe, keine Begründung, sondern eine Verdeutlichung der Auffassung des Bundesgerichtshofes dar. Auch der Vergleich dieses Rangverhältnisses mit dem im bürgerlichen Recht bestehenden Rang zwischen Bürgschaft und Pfandrecht ist ausschließlich als Erläuterung und Erklärung des für zutreffend gehaltenen Ergebnisses anzusehen.

---

1) D. Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (469).

Es fehlt daher bisher eine überzeugende Begründung für die Ansicht, daß die Wechselforderungen gegen die Vormänner des befriedigten Gläubigers, die Nachmänner des Hauptschuldners sind, mit der Zahlung durch den Bürgen erlöschen. Ob diese Auffassung richtig ist, soll im folgenden untersucht werden. Diese Prüfung läßt sich allerdings nicht auf die Frage beschränken, ob der Bürge Ansprüche gegen die Nachmänner erwirbt. Das Problem ist umfassender; es geht um das Rangverhältnis zwischen dem Bürgen und den Nachmännern, also auch darum, ob die Nachmänner, falls sie den rücklaufenden Wechsel einlösen, ihrerseits gegen den Bürgen Regreß nehmen können. Man kann die Frage, ob der Bürge die Nachmänner des Hauptschuldners in Anspruch nehmen kann, oder ob diese sich an den Bürgen halten können, nicht unabhängig voneinander beantworten. Entweder gewährt man dem Bürgen den Rückgriff gegen die Nachmänner; dann können diese vom Bürgen keine Befriedigung verlangen, wenn sie den Wechsel eingelöst haben. Oder man versagt dem Bürgen den Rückgriff gegen die Nachmänner; dann können diese nach Entrichtung der Wechselsumme gegen den Bürgen vorgehen. Würde man sowohl dem Bürgen als auch den Nachmännern Regreßrechte geben, so käme es für den Rückgriff auf den Zufall an, wer als erster den Wechselgläubiger befriedigt hat. Wer zuerst gezahlt hat, könnte jeweils gegen den andern vorgehen. Das wäre jedoch nicht sachgerecht; die Frage des Rückgriffs läßt sich vielmehr nur einheitlich aus dem zwischen Bürgen und Nachmännern bestehenden, in den folgenden Erörterungen zu ermittelnden Rangverhältnis beantworten.

Ausgangspunkt für diese Untersuchung ist die Erkenntnis, daß das Gesetz das Rangverhältnis zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners nicht geregelt hat; es liegt eine Gesetzeslücke vor. Der Gesetzgeber hat offensichtlich an diese Fallgestaltung nicht gedacht, da sie - soweit er-

sichtlich - weder in den Gesetzesmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, noch zum Wechselgesetz erwähnt worden ist. In derartigen Fällen spricht man von einer Anschauungslücke[1]. Für die Ausfüllung von Gesetzeslücken kommen zwei Wege in Betracht: die Methode der Begriffsjurisprudenz und die der Interessenjurisprudenz.

Das Reichsgericht hat mit begriffsjuristischen Erörterungen dem zahlenden Nachmann, der früher nicht Bürgschaftsgläubiger war, Ansprüche gegen den Bürgen versagt[2]. Damit weist es diesem den besseren Rang zu. Zur Begründung führt das Reichsgericht aus, daß der zahlende Regreßschuldner nicht die Rechte des befriedigten Gläubigers erwerbe, sondern in sein eigenes früheres Gläubigerrecht wieder eintrete. Da der Nachmann während der Zeit seiner früheren Wechselberechtigung niemals Bürgschaftsgläubiger gewesen ist - der Bürgschaftsvertrag ist erst mit einem seiner Nachfolger abgeschlossen worden - kann er demnach auch bei Einlösung des rücklaufenden Wechsels nicht Inhaber der Bürgschaftsrechte werden. Dieses Urteil liefert ein Musterbeispiel für die - verfehlte - Arbeitsweise der Begriffsjurisprudenz. Das Reichsgericht hatte in früheren Entscheidungen[3] im Anschluß an ein Plenarurteil des Reichsoberhandelsgerichts[4] die Ansicht vertreten, der Wechselinhaber, der das Papier weiterindossiere, behalte sein Gläubigerrecht, er könne es lediglich nicht ausüben, solange ein Nachmann be-

---

1) Bender, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 592 (599); Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.135; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112,1 ff (173)

2) RG HRR 1935 Nr.246.

3) RGZ 77, 185 (190); 94, 227 (231).

4) ROHG 24,1.

rechtigt sei[1]. Mit dieser Konstruktion sollte das als billigenswert erkannte Ergebnis begründet werden, daß dem Indossanten, der den Wechsel im Rücklauf eingelöst hat und seinerseits gegen seine Vormänner Regreß nimmt, alle, aber auch nur die Einwendungen entgegengehalten werden könnten, die früher gegen ihn begründet waren.

Schon in diesem Punkte ist die begrifflich -konstruktive Begründung des Reichsgerichts verfehlt. Die Beschränkung der Einwendungen ist keine Folge der dargestellten, vom Reichsgericht entwickelten Konstruktion, sie beruht vielmehr auf einer Abwägung der Interessen der Wechselbeteiligten. Die Umlaufsfähigkeit des Wechsels würde beeinträchtigt, wenn dem Indossatar auch die gegen den Indossanten zustehenden Einwendungen entgegengehalten werden könnten; dasselbe gilt, wenn der zahlende Rückgriffsschuldner sich umgekehrt auch die in der Person eines Nachmannes entstandenen Einwendungen gefallen lassen müßte, da er den Wechsel dann nur ungern indossieren würde. Die Umlaufsfähigkeit des Wechsels leidet andererseits nicht, wenn dem Indossanten, der den Wechsel im Rücklauf wieder einlöst, auch die früher gegen ihn begründeten Einwendungen entgegengesetzt werden können. Es besteht kein Bedürfnis, den Indossanten durch die Indossierung besser zu stellen, als er stünde, wenn er den Wechsel nicht weiterbegeben hätte. Richtigerweise hätte man also das Ergebnis,daß der Indossant nach Einlösung des Wechsels im Hinblick auf die Einwendungen dieselbe Rechtsstellung habe wie vor der Begebung, nicht wie das Reichsgericht mit begrifflichen Erwägungen zu rechtfertigen gesucht, sondern die eigentlichen sachlichen Gründe,nämlich die bestehende Interessenlage als Be-

---

1) Ebenso wie das Reichsgericht: Knur-Hammerschlag,Komm.z. Wechselgesetz,Art.14 Anm.1;Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz, Art.14 Anm.6

gründung angeführt[1].

Erst recht lassen sich aus dieser ausschließlich für die Regelung der Einwendungen geschaffenen Begriffsbildung keine Rechtsfolgen für die Frage des Überganges der Bürgschaftsrechte auf den zahlenden Nachmann ableiten. Damit überträgt das Reichsgericht begriffsjuristisch die für einen bestimmten Sachverhalt gebildete Konstruktion auf einen anderen Sachverhalt. Dieser ist jedoch bei der früheren Begriffsbildung nicht berücksichtigt worden, daher kann aus dieser Konstruktion auch nicht die richtige Lösung gewonnen werden.

Die Begriffsjurisprudenz ist heute widerlegt[2]; ihre Vorstellung, die Ordnungsbegriffe seien kausale Grundlage der Rechtsnormen, ist als falsch erkannt worden. Stattdessen sieht die jetzt allgemein vertretene wertende Jurisprudenz die Gesetzesnormen nicht als Folge von Ordnungsbegriffen, sondern als Ergebnis einer Interessenabwägung an[3]. Demzufolge sind auch Gesetzeslücken durch Abwägung der beteiligten Interessen zu schließen. Dabei ist in erster Linie zu prüfen, ob der Gesetzgeber bereits einen gleich oder in den wesentlichen Punkten gleich liegenden Interessenkonflikt entschieden hat. Ist das der Fall, dann sind die dort zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Wertungen auch für den nicht geregelten Sachverhalt verbindlich; die gesetzliche Vorschrift ist analog anzu-

---

1) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht,S.597 (Fußn.3);D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961,466 (470);Ulmer,Das Recht der Wertpapiere, S.263.

2) Vgl.die Darstellung und Ablehnung der Begriffsjurisprudenz bei Heck,Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,S.91ff; ders.,Das Problem der Rechtsgewinnung,S.9 ff;Stoll,Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Beilage zu AcP 133, S.60 ff (97 ff).

3) Heck,Begriffsbildung u.Interessenjurisprudenz,S.76;Rümelin, Erlebte Wandlungen ...,S.36;Stoll,Begriff und Konstruktion ..., Beil. AcP 133 S.66.

wenden.

Für die Frage des Ranges zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners könnte unter diesen Gesichtspunkten eine entsprechende Anwendung der für die Wechselbürgschaft geltenden, in Art.32 WG normierten Rangordnung in Betracht kommen. Nach Absatz 3 dieser Bestimmung kann der Wechselbürge, der den Gläubiger befriedigt hat, sich nur an den Hauptschuldner und dessen Vormänner halten; die Ansprüche gegen die Nachmänner des Hauptschuldners erlöschen. Dem entspricht es, daß umgekehrt die Nachmänner,wenn sie den rücklaufenden Wechsel eingelöst haben, gemäß Art.32 Abs.1 WG vom Wechselbürgen Befriedigung verlangen können. Es besteht also zwischen dem Wechselbürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners ein Rangverhältnis zugunsten der letzteren. Diese für die Wechselbürgschaft geltende Rangordnung ist auf die Bürgschaft entsprechend anzuwenden, wenn die Interessenlage, auf der diese gesetzliche Regelung beruht, bei beiden Bürgschaftsarten gleich ist. Der Bundesgerichtshof[1] hat ohne nähere Ausführungen die Gemeinsamkeit der Interessenlage und damit die analoge Anwendung von Art.32 Abs.3 WG bejaht[2].

Zwischen der Wechselbürgschaft und der gewöhnlichen Verbürgung lassen sich hinsichtlich der Frage des Ranges zwischen dem Bürgen und den Nachmännern gewisse gemeinsame Gesichtspunkte aufzeigen. So verpflichtet sich der Bürge bei beiden Bürgschaftsarten in der Regel nur aus Gefälligkeit; demgegenüber haben die Nachmänner ihre Wechselverbindlichkeit gewöhnlich aus sachlichem Interesse begründet, sie haben den Wechsel in Zahlung genommen und weiter indossiert.

---

1) BGH WM 1961, 478.

2) Ebenso Haager in der Anmerkung zu diesem Urteil in LM § 774 Nr. 4.

Eine weitere Übereinstimmung bei der Wechselbürgschaft und der Bürgschaft besteht darin, daß die Nachmänner in dem Zeitpunkt, in den sie die Wechselrechte erwerben und sich bei Weiterbegebung des Papiers durch ihre Unterschrift verpflichtet haben, mit der Haftung des Bürgen nicht rechnen konnten. Die Bürgschaft besteht zu dieser Zeit noch nicht. Die Nachmänner haben den Wechsel nicht in Zahlung genommen, weil sie auf den Bürgen vertrauen konnten, sondern weil sie sich auf die Haftung der im Wechselverband stehenden übrigen Verpflichteten verlassen haben.

Diese Gemeinsamkeiten der Interessenlage bei beiden Bürgschaftsarten rechtfertigt die analoge Anwendung des Art.32 Abs.1 und 3 WG auf die Bürgschaft jedoch nicht. Für die analoge Anwendung einer Rechtsnorm auf einen nicht geregelten Sachverhalt genügt es nicht, daß die Interessenlage des geregelten und des zu beurteilenden Tatbestandes in irgendwelchen Beziehungen gleich ist; es kommt vielmehr darauf an, daß sie in den entscheidenden Punkten gleich liegt[1]. Es müssen diejenigen Momente gemeinsam sein, auf denen die gesetzliche Bestimmung beruht[2]. Der in Art.32 WG normierte bessere Rang Rang der Nachmänner gegenüber dem Wechselbürgen ist aber nicht auf die soeben dargestellten Gemeinsamkeiten beider Bürgschaftsarten zurückzuführen. Die Nachmänner können den Wechselbürgen nicht deshalb in Anspruch nehmen und diesem sind umgekehrt die Regreßrechte gegen die Nachmänner nicht deshalb versagt, weil der Bürge, im Gegensatz zu den Nachmän-

1) Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., § 58 II 1; Lehmann-Hübner, Allg.Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., S.64; G.und D.Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (II), NJW 1955, 1662 (1663).

2) Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3.Aufl., S.143; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.288.

nern, regelmäßig aus Gefälligkeit haftet. Ferner erhalten die Nachmänner in dem Wechselbürgen nicht deshalb einen neuen Schuldner hinzu, weil sie bei Erwerb ihrer Wechselrechte auf die Haftung des Bürgen noch gar nicht vertrauen konnten. Nicht weil der Bürge aus Gefälligkeit haftet und nicht weil die Nachmänner sich nicht auf die Haftung des Bürgen verlassen konnten, ordnet Art.32 WG den besseren Rang der Nachmänner an; der Bürge hat vielmehr trotz dieser Interessenlage den schlechteren Rang.

Wenn man demgegenüber diejenigen Gesichtspunkte betrachtet, die für die Vorschrift des Art.32 WG maßgebend waren,so wird man entscheidende Unterschiede zwischen der Wechsel- und der bürgerlichrechtlichen Bürgschaft feststellen. Der Wechselbürge leistet die Bürgschaft, indem er die Wechselurkunde mit (dem Haftungsvermerk und) seiner Unterschrift versieht, Art. 31 WG. Er erklärt damit, ebenso haften zu wollen, wie der Hauptschuldner, für dessen Verbindlichkeit er sich verbürgt. Er tritt - häufig schon rein äußerlich - an derselben Stelle wie der Hauptschuldner in den Haftungsverband des Wechsels ein. Er verpflichtet sich durch seine Unterschrift also auch denjenigen gegenüber, die dem Hauptschuldner nachgehen,mögen diese auch den Wechsel bereits unterschrieben haben, als der Wechselbürge seine Verpflichtung übernahm. Dabei weiß der Wechselbürge bei Abgabe seiner Verpflichtungserklärung, ob und welche Wechselbeteiligte zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger stehen. Indem er sich haftungsmäßig auf die gleiche Stufe mit dem Hauptschuldner stellt,macht er auch diese Nachmänner zu seinen Gläubigern. Diese können ihn nach Einlösung des rücklaufenden Wechsels in Anspruch nehmen; ebenso ist dem Wechselbürgen nach Zahlung der Wechselsumme der Rückgriff gegen die Nachmänner versagt. Er würde sonst Befriedigung bei denen suchen, denen zu haften er versprochen hat. Der bessere Rang der Nachmänner gegenüber dem Wechsel-

bürgen beruht also darauf, daß dieser sich in seiner Haftungserklärung auch den Nachmännern gegenüber verpflichtet.

Die Rechtslage ist bei der Verbürgung anders. Der Bürgschaftsvertrag wird durch eine außerwechselmäßige, bei der handelsrechtlichen Bürgschaft sogar formfreie (§ 350 HGB) Vereinbarung abgeschlossen. Dem Bürgen ist möglicherweise nichts davon bekannt, ob und welche Wechselbeteiligte zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vorhanden sind. Seine Haftungserklärung dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber kann nicht dahin ausgelegt werden, daß er sich auch diesen Personen gegenüber verpflichtet. Er verspricht vielmehr, nur dem Bürgschaftsgläubiger und dessen Nachmännern haften zu wollen[1]. Die Nachmänner des Hauptschuldners, die dem Bürgschaftsgläubiger vorgehen (Zwischenmänner), können daraus keine Rechte für sich herleiten. Anders als bei der Wechselbürgschaft ist die Vereinbarung bei der Bürgschaft eine reine Privatangelegenheit zwischen Gläubiger und Bürgen.
Zu einer anderen Beurteilung zwingt auch nicht die Erwägung, daß der Bürge bei Indossierung des Wechsels zugleich mit dem Hauptschuldner unter Umständen Einwendungen verliert, auf die er sich dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber berufen konnte[2]. Zwar übt auf diese Weise die Eigenart des Wechselrechts einen gewissen Einfluß auf die Stellung des Bürgen aus, er wird hinsichtlich der Einreden gegenüber den Nachmännern ebenso behandelt wie der Hauptschuldner. Daraus läßt sich aber nicht herleiten, daß er auch hinsichtlich der Haftung gegenüber den Zwischenmännern ebenso wie der Hauptschuldner zu stellen sei. Wenn der Bürge durch die Indossierung des Wechsels

---

1) Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, S.601; Jerusalem, Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des BGB-Bürgen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners, NJW 1962, 725.

2) Vgl. oben S. 52 f.

ebenso wie der Hauptschuldner die gegen den früheren Inhaber begründeten Einwendungen verliert, so folgt das aus dem Inhalt seiner Verpflichtungserklärung. Ergibt deren Auslegung, daß der Bürge auch den späteren Wechselnehmern einzustehen habe, so ist er diesen auf Grund seiner akzessorischen Haftung ebenso wie der Hauptschuldner verpflichtet; auf frühere Einwendungen können sich also beide unter Umständen nicht berufen.[1)] Diese Haftung des Bürgen gegenüber den späteren Wechselnehmern ist völlig unabhängig von der Frage, ob er auch den Zwischenmännern einzustehen habe. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich ebenfalls nach dem Inhalt der Bürgschaftserklärung, also danach, ob der Bürge auch den Zwischenmännern seine Haftung versprochen hat. Das ist - wie dargelegt - nicht der Fall.

Der Inhalt der Verpflichtungserklärung ist daher im Hinblick auf die Haftung der Zwischenmänner bei beiden Bürgschaftsarten verschieden; die in Art.32 WG für die Wechselbürgschaft bestimmte Rangordnung läßt sich deshalb nicht auf die Bürgschaft übertragen.

Eine Lösung des Rangproblems zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners, die Vormänner des Wechselgläubigers sind, läßt sich aber möglicherweise aus der Überlegung gewinnen, daß sowohl der Bürge als auch die Nachmänner zur Sicherung für eine fremde Schuld, nämlich die des Hauptschuldners, haften. Wenn beispielsweise der Bürge sich für die Schuld des Akzeptanten dem Remittenten gegenüber verpflichtet, so sichern sowohl der Bürge als auch der Aussteller (der Nachmann des Hauptschuldners und Vormann des Bürg-

1) Vgl. oben S.52 f.

schaftsgläubigers) die Forderung des Remittenten gegen den Akzeptanten. Beide haften sicherungshalber für eine für sie fremde Verbindlichkeit, der Aussteller als Gesamtschuldner (Art.47 WG), der Bürge nach den §§ 765 ff BGB. Das Verhältnis zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners ist also das mehrerer Sicherungsrechte zueinander. Es ist das Verhältnis zwischen Bürgen und Gesamtschuldner, der im Innenverhältnis voll ausgleichsberechtigt ist. Die Rechtslage ist dieselbe, wie wenn für die gewöhnliche Schuld eines Darlehensnehmers zur Sicherung des Gläubigers eine Bürgschaft bestellt worden ist und ein weiterer Sicherungsgeber durch kumulative Schuldübernahme der Verpflichtung beigetreten ist, wobei im Innenverhältnis der Darlehensnehmer der allein Verpflichtete ist. Die Rangordnung, die hier im Verhältnis zwischen den beiden Sicherungsgebern, dem Bürgen und dem mithaftenden Gesamtschuldner, gilt, ist auch beim Wechsel zwischen dem Bürgen und dem Nachmann des Hauptschuldners maßgebend.Es ist also zu klären, wer von beiden, Bürge oder mithaftender Gesamtschuldner, nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches den besseren Rang hat.

Wenn einer von diesen Sicherungsgebern den Gläubiger befriedigt, so kann er sich auf jeden Fall an den Hauptschuldner halten: der Bürge gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB, der Gesamtschuldner nach § 426 Abs.1 und 2 BGB, da er im Innenverhältnis gegenüber dem eigentlichen Hauptschuldner voll ausgleichsberechtigt ist. Welcher der beiden Sicherungsschuldner sich nach Zahlung der Schuld jeweils an den anderen Mitverpflichteten halten kann, hängt davon ab, ob einer von ihnen nicht nur im Verhältnis zum Hauptschuldner, sondern auch im Verhältnis zu dem anderen Sicherungsschuldner ausgleichsberechtigt ist, ob unter ihnen eine Rangordnung besteht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält etliche Bestimmungen über das Rangverhältnis mehrerer Sicherungsrechte untereinander.

So sind gemäß § 774 Abs.2, § 426 Abs.1 S.1 BGB mehrere Bürgen im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Das gleiche gilt, wenn nicht mehrere Bürgen, sondern mehrere Gesamtschuldner, die im Innenverhältnis vom Hauptschuldner vollen Ausgleich verlangen können, die Forderung des Gläubigers sichern. Dieselbe Rechtslage besteht nach wohl herrschender Meinung auch für den Fall, daß mehrere Drittverpfänder an ihren Sachen jeweils ein Pfandrecht bestellt haben (§ 1225 S.2, § 774 Abs.2, § 426 Abs.1 S.1 BGB)[1]. Für das Verhältnis zwischen Bürgschaft und Pfandrecht entnimmt die überwiegende Auffassung dem § 776 BGB, daß die Bürgschaft den besseren Rang habe, der zahlende Bürge sich also in voller Höhe an das Pfandrecht halten könne[2]. Das ergebe sich daraus, daß nach § 776 BGB der Bürge frei werde, wenn der Gläubiger das Pfandrecht aufgebe, daß aber umgekehrt das Pfandrecht bestehen bleibe, wenn der Bürge aus der Haftung entlassen werde.

Wenig erörtert ist der hier interessierende Fall, in dem eine Verbindlichkeit durch einen Bürgen und durch einen Gesamtschuldner gesichert ist. Eine Rangordnung dieser Sicherungsrechte untereinander läßt sich dem Gesetz nicht ohne weiteres

---

1) Erman-Ronke, Handkomm.zum BGB, 3.Aufl., § 1225 Anm.2; Soergel-Siebert (Augustin), Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., § 1225 Anm.7; Staudinger-Spreng, Komm. z.BGB, 11.Aufl., § 1225 Anm.2 B; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., S.647; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10.Aufl., § 160 III; a.A.: BGB-RGRK, (Kregel), 11.Aufl., § 1225 Anm.4; Palandt-Hoche, BGB, 25.Aufl., § 1225 Anm.2 c; Planck-Flad, Komm.zum BGB, 4.Aufl., § 1225, 2 c.

2) BGB-RGRK (Kregel), 11.Aufl., § 1225 Anm.6; Erman-Ronke, Handkomm.z.BGB, 3.Aufl., § 1225 Anm.3; Palandt-Hoche, BGB, 25.Aufl., § 1225 2 d; Soergel-Siebert (Augustin), 9.Aufl., § 1225 Anm.8; Staudinger-Spreng, Komm.z.BGB, 11.Aufl., § 1225 Anm.2 b.

entnehmen; die Gesetzesanwendung führt vielmehr zu einer scheinbar widersprüchlichen Regelung.
Wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB die Forderung gegen den Hauptschuldner. Nach §§ 412, 401 BGB gehen mit der Forderung auch die Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften auf den Bürgen über. Der Anspruch des Gläubigers gegen den mithaftenden Gesamtschuldner gehört nicht zu diesen ausdrücklich in § 401 BGB genannten Nebenrechten. Wie jedoch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift hervorgeht, ist die Bestimmung auf andere Sicherungsrechte, insbesondere auch auf den Anspruch des Gläubigers gegen einen mithaftenden Gesamtschuldner, entsprechend anzuwenden[1]. Nach § 297 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, der dem jetzigen § 401 BGB entspricht, sollten nämlich mit der Übertragung der Forderung "die mit dieser verbundenen, zu ihrer Verstärkung dienenden Nebenrechte" auf den neuen Gläubiger übergehen. Die Motive[2] zu dieser Bestimmung führen aus: "Der Entwurf enthält keine Bestimmung über die Rechte des neuen Gläubigers gegen Mitverpflichtete des Schuldners. Der neue Gläubiger erlangt bei Übertragung einer Forderung, für welche mehrere Mitschuldner haften, unbestreitbar alle Rechte gegen jeden einzelnen Mitschuldner, so wie dieselben dem bisherigen Gläubiger zustanden." Es wurde demnach als selbstverständlich angesehen, daß dann, wenn die Forderung gegen einen Gesamtschuldner übertragen wurde, automatisch auch die Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner auf den neuen Gläubiger übergehe. Die allgemeine Fassung des ersten Entwurfs ist von der Kommission für die zweite Lesung mit der Begründung geändert worden, es empfehle sich nicht, von den

---

1) RGZ 65, 164 (169 ff); BGB-RGRK (Löscher), 11.Aufl., § 401 Anm.3.

2) Motive, Band II, S.124 f.

mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung dienenden Rechten zu sprechen, sondern nur die hauptsächlich in Betracht kommenden beiden Arten solcher Nebenrechte, nämlich Bürgschaft und Pfandrecht zu erwähnen; die konkrete Formulierung schließe selbstverständlich die Anwendung der Bestimmung auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht aus[1].

Es entspricht also dem Willen des Gesetzgebers, die Vorschrift des § 401 BGB analog auch auf die Forderung des Gläubigers gegen einen mithaftenden Gesamtschuldner anzuwenden[2]. Das gilt nicht nur für die rechtsgeschäftliche Forderungsabtretung, sondern nach § 412 BGB auch im Falle gesetzlichen Rechtsüberganges. Es erwirbt also der zahlende Bürge mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch den Anspruch gegen den zur Sicherung mithaftenden Gesamtschuldner.

Wenn umgekehrt nicht der Bürge den Gläubiger befriedigt, sondern der mithaftende Gesamtschuldner die Schuld bezahlt, so geht auf diesen gemäß § 426 Abs.2 S.1 BGB die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über, da im Verhältnis zwischen diesem und dem mithaftenden Gesamtschuldner der Hauptverpflichtete die Schuld allein tragen muß und der Mithaftende daher vollen Ausgleich verlangen kann. Mit dem nach § 426 Abs.2 S.1 BGB übergehenden Anspruch erwirbt der Gesamtschuldner gemäß §§ 412, 401 BGB auch die Bürgschaftsrechte des Gläubigers.

Man kommt also zu dem seltsamen Ergebnis, daß der Bürge sich nach Zahlung der Schuld an den mithaftenden Gesamtschuldner

---

1) Protokolle, Band I, S. 385 f.

2) RGZ 65,164 (169 ff); BGB-RGRK (Löscher), 11.Aufl.,§ 401 Anm.3;Enneccerus-Lehmann,Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl.,§ 79 III 1 b (Fußn.14); Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, S.664.

daß aber auch dieser sich nach Befriedigung des Gläubigers an den Bürgen halten kann. Es kann demnach immer der zuerst zahlende Sicherungsschuldner von dem anderen vollen Ausgleich verlangen. Dieses Ergebnis ist offensichtlich unsachgemäß, da die Frage des Ausgleichs zwischen dem Bürgen und dem mithaftenden Gesamtschuldner davon abhängig wäre, wer als erster die Schuld getilgt hat. Dieser Zufall kann aber nicht über die Rangordnung zwischen diesen beiden Sicherungsrechten entscheiden; maßgebend müssen vielmehr die im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Interessenbewertungen sein.

Man könnte zunächst daran denken, dem Bürgen und dem mithaftenden Gesamtschuldner dieselbe Rangstufe zuzuweisen mit der Folge, daß der Zahlende vom anderen jeweils anteilig Ausgleichung zu beanspruchen hätte[1]. Zur Begründung ließe sich auf die Bestimmung des § 774 Abs.2 BGB hinweisen, wonach mehrere Bürgen im Verhältnis zueinander anteilig haften, wenn nichts anderes bestimmt ist. Bei zwei Bürgen kann also der Zahlende von dem anderen zur Hälfte Ausgleich verlangen. Dasselbe gilt gemäß § 426 Abs.1 S.1 BGB, wenn mehrere Gesamtschuldner sicherungshalber der Schuld des Hauptverpflichteten beitreten. Aus diesen Bestimmungen, so könnte man folgern, ergebe sich als gesetzgeberische Wertung, daß mehrere persönliche Sicherungsrechte im Verhältnis zueinander dieselbe Rangstufe einnähmen. Diese Rechtslage bestehe nicht nur bei mehreren gleichartigen persönlichen Sicherungen, vielmehr müßten auch Bürge und mithaftender Gesamtschuldner einander zum anteiligen Ausgleich verpflichtet sein.

Ob diese Schlußfolgerung richtig ist, erscheint indessen zweifelhaft. Unter ungleichartigen Sicherungsrechten hat der

---

1) So Hartmann, Der Rückgriff solcher Bürgen, die sich für einzelne Gesamtschuldner verbürgt haben, Diss. Rostock 1910, S.26 ff.

Gesetzgeber - wie die herrschende Meinung annimmt[1] - zwischen Bürgschaft und Pfandrecht in § 776 BGB konkludent ein Rangverhältnis zugunsten der Bürgschaft geschaffen. Der zahlende Bürge erwirbt das Pfandrecht; umgekehrt kann aber der Eigentümer des Pfandes sich nach Befriedigung des Gläubigers nicht an den Bürgen halten. In ähnlicher Weise könnte sich dem Gesetz auch im Verhältnis zwischen Bürgen und Gesamtschuldner eine Rangstufe entnehmen lassen. Diese kann sich insbesondere aus einem Vergleich der Regelungen ergeben, die für die Haftung des Bürgen und die des Gesamtschuldners getroffen worden sind.

Nach den §§ 767 ff BGB haftet der Bürge akzessorisch. Ihm stehen nach § 767 und § 768 BGB die Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners zu; ferner kann er sich gemäß § 770 BGB auf die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners berufen. -Beim Gesamtschuldner dagegen wirken - abgesehen von der Erfüllung, dem Erlaß und dem Verzuge - alle Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten (§§ 425, 422 - 424 BGB), soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt. Ein Gesamtschuldner kann also nicht die dem anderen zustehenden Einreden geltend machen. Seine Haftung ist, auch wenn er im Innenverhältnis nicht der eigentlich Verpflichtete ist, von der Schuld des anderen Gesamtschuldners im Gegensatz zur Bürgschaft weitgehend unabhängig. Der Gesamtschuldner ist also viel schärfer verpflichtet; er soll in erster Linie, der Bürge nur sekundär haften. Mit dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der Haftung des Gesamtschuldners einerseits und des Bürgen andererseits hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß er die Bürgschaft und die Gesamtschuld nicht auf dieselbe Rangstufe stellen wollte. Zwar regeln die angeführten Vorschriften (§§ 767 ff, 422 ff BGB)

---

1) Siehe oben S. 78.

zunächst nur das Verhältnis der Sicherungsgeber Bürge und Gesamtschuldner zum Gläubiger. Der Vergleich dieser Regelungen zeigt aber, daß der Bürge dem Gläubiger in der Haftung ferner steht als der Gesamtschuldner. Das Gesetz mutet es diesem eher zu, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu tragen als dem Bürgen. Diese gesetzgeberische Wertung muß auch für die Frage des Ausgleichs zwischen dem Bürgen und dem Gesamtschuldner maßgebend sein; dem Bürgen ist der bessere Rang zuzubilligen.

Die dargestellte Wertung des Gesetzgebers kommt ferner dann besonders zum Ausdruck, wenn die Bürgschaft keine selbstschuldnerische ist; dieses ist nach dem Gesetz, allerdings nicht in der Praxis, die Regel. Nach § 771 BGB kann der Bürge in diesem Fall die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dieser nicht die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos betrieben hat. Der Bürge haftet also nur subsidiär hinter dem Hauptschuldner. - Beim Gesamtschuldner, auch wenn dieser im Innenverhältnis voll ausgleichsberechtigt ist, kennt das Gesetz eine solche Einschränkung der Haftung nicht; an ihn kann der Gläubiger sich vielmehr sofort und ohne vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners halten. Auch mit dieser Regelung gibt das Gesetz eine Abstufung zwischen der Haftung des Bürgen und der des Gesamtschuldners zu erkennen; dieser steht dem Gläubiger in der Haftung näher als jener[1].

Damit ergibt sich im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem mithaftenden Gesamtschuldner ein Rangverhältnis zugunsten des Bürgen. Wenn dieser den Gläubiger befriedigt, erwirbt er neben dem Anspruch gegen den Hauptschuldner in analoger Anwendung von § 401 BGB auch die Forderung gegen den anderen Ge-

1) So Schulz, Rückgriff und Weitergriff, S.51 f.

samtschuldner; bezahlt umgekehrt dieser die Schuld, so erlischt die Haftung des Bürgen.

Diese Rangordnung gilt nicht nur, wenn es um das Verhältnis des Bürgen zu einem nach bürgerlichem Recht mithaftenden Gesamtschuldner geht; das Ergebnis kann im Verhältnis zu einem wechselmäßig mitverpflichteten Gesamtschuldner (Art.47 WG) nicht anders sein. Die Haftung der Wechselschuldner ist voneinander ebenso unabhängig wie die von gewöhnlichen Gesamtschuldnern. Der Aussteller steht also dem Wechselgläubiger in der Haftung näher als der Bürge des Akzeptanten; das bedeutet, der Bürge des Akzeptanten hat - was den Rückgriff angeht - gegenüber dem Aussteller den besseren Rang.

Diese Rangabstufung gilt nicht nur im Verhältnis des für den Akzeptanten haftenden Bürgen und dem Aussteller, sondern für den Bürgen eines jeden Wechselschuldners im Verhältnis zu den Nachmännern dieses Schuldners. Denn die Nachmänner sind im Verhältnis zu jedem Vormann als Hauptschuldner, sei er Akzeptant, Aussteller oder Indossant, in gleicher Weise wie der Bürge voll ausgleichsberechtigt. Das ergibt sich aus dem wechselrechtlichen Regreßvorschriften; der Nachmann kann den Vormann, nicht der Vormann den Nachmann in Anspruch nehmen. Was also in dem Beispiel für das Verhältnis zwischen dem Bürgen des Akzeptanten und dem Aussteller gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für den Bürgen eines jeden Wechselschuldners zu jedem Nachmann des Hauptschuldners; der Bürge hat den besseren Rang.

Die dargestellte Rangordnung zwischen dem Bürgen und den Nachmännern des Hauptschuldners ist auch im Hinblick auf die wirtschaftlichen Beweggründe, die den Bürgen und die Nachmänner zu ihren Verpflichtungserklärungen veranlaßt haben, gerecht-

fertigt. Während die Nachmänner in der Regel[1] gewinnbringend mit dem Wechsel gearbeitet, sich also aus eigenem sachlichen Interesse durch ihre Unterschrift verpflichtet haben, gibt der Bürge seine Haftungserklärung im Normalfall ohne eigenen wirtschaftlichen Vorteil ab; er geht seine Verbindlichkeit aus Gefälligkeit ein. Aus diesem Grunde erscheint es nicht unbillig, den Nachmännern die schlechtere Rangposition zuzuweisen, ihnen also das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners (und dessen Vormänner) aufzuerlegen. Zwar haftet auch der Wechselbürge regelmäßig nur gefälligkeitshalber; seine schlechtere Rangposition gegenüber den Nachmännern beruht aber - wie dargelegt[2] - auf dem besonderen Inhalt seiner Haftungserklärung, in der er sich auch den Nachmännern gegenüber verpflichtet.

Der Bürge erwirbt also mit der Zahlung der Wechselsumme an den Gläubiger dessen gesamte Rechtsstellung. Er erhält nicht nur die Ansprüche gegen den Hauptschuldner und dessen Vormänner, sondern entsprechend § 401 BGB auch die Forderungen gegen die Nachmänner, soweit sie Vormänner des Bürgschaftsgläubigers sind[3]. Die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen läßt sich vergleichen mit dem Kauf und der Abtretung der Wechselrechte[4]. Ebenso wie der Zessionar durch einen außerwechselmäßigen Erwerb die Rechte des zedierenden Wechselgläubigers erhält, tritt auch der Bürge gegen Entrichtung der Wechselsumme in die Position des befriedigten Gläubigers ein.

---

1) Sehr oft unterschreibt allerdings derjenige, der in der Sache eine Wechselbürgschaft übernehmen will, als Indossant, um den Eindruck zu vermeiden, der Hauptschuldner, für dessen Schuld er einstehen will, sei insolvent.

2) Siehe oben S. 73 ff.

3) Im Ergebnis ebenso:Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.30 WG Anm.3; Jerusalem, Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des BGB-Bürgen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners, NJW 1962, 725.

4) Baumbach-Hefermehl,8.Aufl.,Art.30 WG Anm.3.

Er erwirbt also auch dessen Ansprüche gegen die Nachmänner des Hauptschuldners.

Lösen umgekehrt die Nachmänner den rücklaufenden Wechsel ein, so erlischt die Haftung des Bürgen[1].

c) Reinicke[2] wirft - allerdings für das von ihm für richtig gehaltene entgegengesetzte Ergebnis - die Frage auf, ob Bürge und Gläubiger eine andere Regelung vereinbaren können. Für die hier vertretene Lösung würde die Frage lauten: Können Bürge und Gläubiger vereinbaren, daß der Bürge bei Zahlung die Ansprüche gegen die Zwischenmänner nicht erwirbt und daß er diesen haften soll, wenn diese den Wechsel im Rücklauf einlösen?

Die erste Fallgestaltung - Ausschluß des Übergangs der Forderungen gegen die Zwischenmänner auf den zahlenden Bürgen - ist zunächst für den Fall zu untersuchen, daß Gläubiger und Bürge die Vereinbarung vor der Zahlung treffen. Zu diesem Zeitpunkt ist eine solche Vereinbarung unbedenklich zulässig. Bei rechtsgeschäftlicher Abtretung einer Forderung können Zedent und Zessionar den Mitübergang der Sicherungsrechte nach § 401 BGB ausschließen[3]. Die Nebenrechte werden dann nicht vom neuen Gläubiger erworben, sie erlöschen vielmehr. Zwar gehen bei der Zahlung durch den Bürgen die Ansprüche gegen die Zwischenmänner nur in entsprechender Anwendung des § 401 BGB auf den Bürgen über. Es handelt sich nicht um eine

1) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.601.

2) D.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (472).

3) RG LZ 1917,792; BGB-RGRK (Löscher),11.Aufl.,§ 401 Anm.1; Erman-Westermann, Handkomm. zum BGB 3.Aufl.,§ 401 Anm.5; Soergel-Siebert (Reimer Schmidt),BGB, 9.Aufl., § 401 Anm.1.

rechtsgeschäftliche Abtretung, sondern um eine cessio legis und die Ansprüche gegen die Zwischenmänner gehören überdies nicht zu den ausdrücklich in § 401 Abs.1 BGB genannten Nebenrechten. Die nur analoge Anwendbarkeit des § 401 Abs.1 BGB kann aber ebenso gut ausgeschlossen werden, wie die unmittelbare Geltung.

Zweifelhafter ist die Rechtslage, wenn Bürge und Gläubiger die Vereinbarung über die Nichthaftung der Zwischenmänner erst treffen, wenn der Bürge die Wechselsumme bereits gezahlt hat. Die Ansprüche gegen die Zwischenmänner sind in diesem Falle bereits kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangen (§§ 774, 412, 401 BGB), und deren Befreiung von ihrer Verpflichtung gegenüber dem Bürgen setzt gemäß § 397 BGB einen Erlaßvertrag voraus. Die Vereinbarung zwischen dem (befriedigten) Gläubiger und dem Bürgen wäre also ein Erlaßvertrag zugunsten Dritter (der Zwischenmänner). Ob ein solcher Vertrag möglich ist, wird in der Literatur zum Teil von der allgemeinen Frage nach der Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter abhängig gemacht[1]. Diese Frage wird von der wohl herrschenden Meinung verneint und dementsprechend auch ein Erlaßvertrag zugunsten Dritter nicht für möglich gehalten[2]. Nach dieser Ansicht können Bürge und Gläubiger, sobald dieser befriedigt ist, nicht mehr vereinbaren, daß die Zwi-

---

1) BGB-RGRK (Löscher),11.Aufl., § 397 Anm.7; Erman-Westermann, Handkomm. zum BGB, 3.Aufl., § 397 Anm.3.

2) RGZ 148,262; 127,126 (128 f); BGB-RGRK, 11.Aufl., § 328 Anm.4;§ 397 Anm.7;Palandt-Danckelmann,BGB,25.Aufl., Einf. vor § 328 Anm.5 b und c; § 397 Anm.4;Soergel-Siebert (Reimer Schmidt), BGB, 9.Aufl., § 397 Anm.3; Staudinger-Werner, Komm.z. BGB, 9.Aufl., § 397 Anm.I 1 c.

schenmänner dem Bürgen nicht haften sollen. Die dargestellte Auffassung versucht den Absichten der Beteiligten allerdings dadurch Rechnung zu tragen, daß sie die Erklärung des Gläubigers unter Umständen als Offerte zum Abschluß eines Erlaßvertrages ansieht, die vom Bürgen (konkludent) angenommen werden kann[1]; ferner legt man die Vereinbarung auch als "pactum de non petendo"[2] zugunsten des Bürgen aus, auf Grund dessen dieser die Leistung durch Einrede verweigern kann[3].

Richtigerweise sollte man jedoch die Zulässigkeit des Erlasses zugunsten der Zwischenmänner nicht von der viel zu allgemeinen Frage nach der Möglichkeit von Verfügungen zugunsten Dritter abhängig machen. Gleichgültig, ob man etwa auf sachenrechtliche Verfügungs- und Erwerbsakte die Vorschrift des § 328 BGB anwendet, sollte man einen Erlaß, eine Verfügung über einen schuldrechtlichen Anspruch also, auch zugunsten dritter Personen zulassen. In der Sache macht es nämlich keinen wesentlichen Unterschied, ob dem Dritten unmittelbar nach § 328 BGB eine Forderung oder ob ihm durch Erlaß die Befreiung von einer Verbindlichkeit zugewendet wird. Ist ihm der Erlaß nicht genehm, so kann er die ihm zugedachte Schuldbefreiung nach § 333 BGB zurückweisen. Man wird daher einen

---

1) BGB-RGRK (Löscher),11.Aufl., § 397 Anm.7.

2) Das "pactum de non petendo" ist das Versprechen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die Forderung nicht geltend zu machen. Der Schuldner wird dadurch nicht befreit, erhält vielmehr nur eine Einrede. (Vgl.Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 7.Aufl., S.336; Palandt-Danckelmann, BGB, 25.Aufl., § 397 Anm.3 c.).

3) RGZ 127, 126 (128 f); BGB-RGRK (Löscher), 11.Aufl., § 397 Anm.2; Palandt-Danckelmann, BGB 25.Aufl., § 397 Anm.3 c; Soergel-Siebert (Reimer Schmidt), Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., § 397 Anm.3 und 10.

Erlaß zugunsten Dritter für zulässig halten können[1]. Der Bürge kann also mit dem befriedigten Gläubiger vereinbaren, daß die Zwischenmänner ihm nicht haften sollen.

Zulässig und wirksam ist die Absprache zwischen Bürgen und Gläubiger, daß die Nachmänner des Hauptschuldners, die Vormänner des Gläubigers sind, sich nach Einlösung des Wechsels an den Bürgen halten können. Eine solche Vereinbarung ist als (Bürgschafts)Vertrag zugunsten der Zwischenmänner zu klassifizieren; eine Verbürgung zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB ist unbedenklich möglich[2]. - Wenn diese Abrede vor der Befriedigung des Gläubigers - etwa gleichzeitig mit Abschluß des eigentlichen Bürgschaftsvertrages - getroffen wird, so enthält sie eine Erweiterung der Bürgenhaftung. Einigen Gläubiger und Bürge sich erst nach der Bezahlung der Wechselsumme durch einen Zwischenmann darüber, daß der Bürge auch für dessen Regreßforderung haften soll, so bestellen sie damit die durch die Zahlung erloschene Bürgschaft zugunsten des jetzt berechtigten Zwischenmannes von neuem.

III. Sonstige Fragen

Neben der erörterten Frage nach den Rückgriffsrechten wirft die Zahlung der Wechselschuld durch den Bürgen eine Reihe weiterer Probleme auf.

---

1) Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3.Aufl., S.261;Enneccerus-Lehmann,Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., § 34 VI; Esser, Schuldrecht, 2.Aufl., S.410 f. Allgemein für Verfügungen zugunsten Dritter: Larenz, Lehrb. des Schuldrechts, Bd.I, 7.Aufl., S.129 f; Westermann, Sachenrecht, 4.Aufl., S.19.

2) Palandt-Gramm, BGB, 25.Aufl., § 765 Einf. 1 c.

1) Mit der Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Bürge gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB die Forderung gegen den Hauptschuldner und - wie ausgeführt - auch die Ansprüche gegen dessen Vormänner und Nachmänner, soweit diese dem Bürgschaftsgläubiger vorgehen. Es fragt sich, ob sich dieser Rechtserwerb unmittelbar im Augenblick der Zahlung ohne Rücksicht darauf vollzieht, ob dem Bürgen auch die Wechselurkunde ausgehändigt worden ist[1] oder ob zum Übergang der Wechselrechte auf den Bürgen erforderlich ist, daß dieser den Besitz des Papiers erhält[2]. Für die erste Ansicht scheint zu sprechen, daß in § 774 Abs.1 S.1 BGB die cessio legis von keiner weiteren Voraussetzung als der Zahlung der Hauptschuld abhängig gemacht ist; die zweite Auffassung liegt deswegen nahe, weil nach überwiegender Ansicht auch bei rechtsgeschäftlicher Abtretung der Wechselrechte über die Erfordernisse des § 398 BGB hinaus die Übergabe des Wechsels oder ein Übergabeersatz nach den §§ 929 Satz 2 ff BGB erforderlich ist[3]. Dieselben Gründe, so ließe sich argumentieren,die bei der Abtretung zum Übergang der Wechselrechte die Papieraushändigung erforderlich machen, müßten auch beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 774 Abs.1 S.1 BGB dazu führen, daß der Bürge

---

1) So RG JW 1937, 2972;Erman-Wagner,Handkomm.z.BGB,3.Aufl., § 774 Anm.3; Staub-Stranz,Komm.z.Wechselgesetz,13.Aufl., Art.11 Anm.23.

2) So Bernstein, JW 1926, 2908 f.

3) BGH NJW 1958,302; RGZ 160,341; Baumbach-Hefermehl 8.Aufl., Art.11 WG Anm.5;Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht,S.666; Rehfeldt,Wertpapierrecht,7.Aufl.,S.4 f;Staub-Stranz,13. Aufl.,Art.11 Anm.17;Ulmer,Das Recht der Wertpapiere,S.77. Z.T. wird sogar ein Übergabesurrogat nicht für ausreichend erklärt: Tank,Die Abtretung von Wechselforderungen ohne Indossament, NJW 1958,658;teilweise verlangt man sogar eine Übereignung der Wechselurkunde: Hueck,Recht der Wertpapiere 9.Aufl.,S.47; schlichte Einigung genügt nach Locher, Das Recht der Wertpapiere, S.98.

erst mit der Übergabe des Wechsels Berechtigter wird.

Bei der bürgerlichrechtlichen Abtretung nach § 398 BGB wird die Übergabe des Wechsels deshalb für notwendig gehalten, weil die Rechte aus der Urkunde nicht ohne den Papierbesitz geltend gemacht werden könnten[1]. Theoretisch könne man zwar die Frage, wie die Wechselforderung übertragen werden, von der Frage, ob sie auch realisiert werden könne, trennen, so daß auch eine Zession ohne Übergabe der Urkunde denkbar sei; aber - so wird geltend gemacht - es sei zum Schutze des Erwerbers und im Interesse der Rechtsklarheit wünschenswert, daß die Inhaberschaft des Rechts und die Möglichkeit der Ausübung in einer Hand vereinigt seien[2]. Diese Gesichtspunkte treffen auch für den zahlenden Bürgen zu; auch hier ist es erstrebenswert, wenn der Erwerb der Wechselrechte mit der Besitzbegründung am Papier zusammenfällt.

Wesentliche Belange des Bürgen werden nicht beeinträchtigt, wenn man ihm die Wechselrechte nicht schon mit der Zahlung, sondern erst mit der Papieraushändigung gewährt. Zwar knüpft § 774 Abs.1 S.1 BGB den Übergang der Rechte im Gegensatz zur Abtretung nach § 398 BGB unmittelbar an die Entrichtung der Wechselsumme, so daß der Bürge, um die Ansprüche aus dem Papier zu erwerben, anders als der Zessionar notwendigerweise immer erst ein finanzielles Opfer erbringen muß. Er kann sich aber vor nachteiligen Verfügungen des bisherigen Gläubigers dadurch genügend schützen, daß er die Zahlung von der Aushändigung des Wechsels abhängig macht.

---

1) BGH NJW 1958, 302; RGZ 160, 341; 88,292; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.666.

2) BGH NJW 1958, 302; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.666.

Es ließe sich schließlich einwenden, daß der Gläubiger dem Bürgen das finanzielle Opfer einseitig durch Aufrechnung abzwingen könnte; der Bürge sei also in diesem Falle schutzlos, weil der Gläubiger den Wechsel behalte und zum Nachteil des Bürgen darüber verfügen könnte. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß dem Gläubiger eine Aufrechnung vor Aushändigung des Wechsels durch § 390 S.1 BGB verwehrt ist. Danach kann eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers - ebenso wie der Hauptschuldner - verweigern, solange der Gläubiger ihm die Urkunde nicht herausgibt. Eine Aufrechnung durch den Gläubiger ohne Papieraushändigung ist daher wirkungslos.

Der Erwerb der Wechselrechte durch den zahlenden Bürgen nach § 774 Abs.1 S.1 BGB setzt demnach ebenso wie die rechtsgeschäftliche Zession voraus, daß der Gläubiger dem Bürgen den Besitz am Wechsel überträgt.

2) Der Übergang der Wechselrechte auf den Bürgen wirft weiterhin noch folgendes Problem auf: Die Zahlung der Wechselsumme bewirkt, daß der Bürge zwar materiellrechtlich in die Position des befriedigten Gläubigers eintritt, seine Berechtigung ist aber aus dem Wechsel nicht zu ersehen. Sein Rechtserwerb nach § 774 Abs.1 S.1 BGB vollzog sich außerhalb der Wechselurkunde; ihm fehlt die förmliche Legitimation. Daraus ergeben sich Zweifelsfragen. Es taucht vor allem das Problem auf, ob der nur materiell berechtigte Bürge dennoch wie ein förmlich Legitimierter mit dem Wechsel verfahren, insbesondere, ob er wirksam Protest mangels Zahlung erheben und das Papier weiter indossieren kann.

a.) Die Befugnis zur Protesterhebung ist für den Bürgen dann bedeutsam, wenn er ohne vorherige Protesterhebung durch den Bürgschaftsgläubiger gezahlt hat und jetzt seinerseits Protest

erheben will, um die auf ihn übergegangenen Wechselforderungen gegen Rückgriffsschuldner durchsetzen zu können. Die Frage, ob der zwar materiell, aber nicht formell berechtigte Wechselinhaber befugt ist, Protest mangels Zahlung zu erheben, ist sehr streitig[1]. Die Auffassung, nur der formell Legitimierte könne Protest erheben, wird mit dem Schutz der Wechselschuldner begründet. Diese würden bei Zahlung an den förmlich berechtigten Inhaber gemäß Art.40 Abs.3 WG frei, daher brauchten sie auch nur an diesen zu zahlen und es sei umgekehrt nur dieser berechtigt, Protest mangels Zahlung zu erheben[2].

Es ist richtig, daß der gutgläubige Schuldner nach Art.40 Abs. 3 WG mit befreiender Wirkung an den formell Legitimierten zahlen kann. Diese Schutzbestimmung zugunsten des Schuldners ist aber nicht dahin auszudehnen, daß sie ihm auch das Recht gibt, nur an den formell Berechtigten zahlen zu müssen[3]. Die Belange des Schuldners erfordern einen so weitgehenden Schutz

---

1) Verneinend: RGZ 114, 365 (368); Mansfeld, Wechsellegitimation und Wechselberechtigung, LZ 1912, 577 (580); Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art. 16 Anm.14; Warneyer, Wechselgesetz, Art.16 Anm.2 (S.40 unten).

Bejahend: Baumbach-Hefermehl,8.Aufl., Art.16 WG Anm.15; Breit, Schattenkultus und Gespensterfurcht in Wechselprotestjudikatur und Wechselprotestwissenschaft, ZBH 28, 288 (293); Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.703; Klausing, Wechsel- und Scheckrecht, S.44; Schumann, Handelsrecht, Band II, S.401; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, S.234 f.

Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13.Aufl.,Art.16 Anm.18 i.V.m. Anm.17, sowie Stranz, Wechselgesetz, 14.Aufl, Art.16 Anm.14, nehmen für den hier interessierenden Fall der bürgerlichen Rechtsnachfolge keine fehlende formelle Legitimation an.

2) Staub-Stranz, Komm. zum Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.16 Anm.18. Allerdings sehen diese den bürgerlichrechtlichen Nachfolger - also auch den Bürgen - nicht als formell Nichtberechtigten an.

3) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl.,Art.16 WG Anm.15.

nicht. Er ist vielmehr dadurch genügend gesichert, daß er die Befriedigung des nicht-legitimierten Gläubigers verweigern kann, solange dieser sein Recht nicht nachweist. Außerdem erhält der Schuldner bei Zahlung den Wechsel zurück und kann demgemäß nicht doppelt in Anspruch genommen werden[1]. Auf der anderen Seite würde der materiell berechtigte, aber nicht formell ausgewiesene Wechselinhaber durch den überspitzten Schuldnerschutz um sein Recht gebracht werden. Er könnte sich, obwohl er Gläubiger der Wechselforderung ist, nicht an die Rückgriffsschuldner halten, da zu deren Inanspruchnahme Protesterhebung nötig ist. Ihm bliebe nur der Rückgriff gegen den Akzeptanten. Wenn dieser zahlungsunfähig ist, ginge der nicht ausgewiesene Wechselberechtigte leer aus. Das ist ein wenig sachgemäßes Ergebnis, zumal - wie aufgezeigt - wesentliche Schuldnerbelange bei Durchsetzung der Ansprüche des wahren Berechtigten nicht beeinträchtigt würden. Es erscheint daher richtig, auch dem nicht formell-legitimierten Wechselinhaber die Befugnis zur Protesterhebung zuzubilligen. Es kann daher auch der in Anspruch genommene Bürge Protest mangels Zahlung erheben, um die auf ihn gemäß § 774 Abs.1 S.1 BGB übergegangenen Forderungen gegen die Rückgriffsschuldner geltend zu machen.

b.) Da der Bürge, der die Wechselansprüche des befriedigten Gläubigers erworben hat, formell nicht ausgewiesen ist, können für ihn Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seiner Rechte bestehen. Diese Hindernisse ließen sich möglicherweise umgehen, wenn der Gläubiger, den der Wechsel noch als förmlich Berechtigten angibt, die Wechselrechte für den Bürgen geltend machen, insbesondere den Wechsel in Prozeßstandschaft einklagen könnte. Das Reichsgericht hat die im eigenen Namen, aber für Rechnung des Bürgen erhobene Klage des bisherigen Gläubigers

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.16 WG Anm.15.

für zulässig gehalten.[1] Die Entscheidung überrascht insofern, als das Reichsgericht mit keinem Wort das sonst in ständiger Rechtsprechung[2] geforderte eigene rechtliche Interesse des Prozeßstandschafters erwähnt. Wenn man dieses Interesse verlangt[3], so hätte die Klage des befriedigten Gläubigers als unzulässig abgewiesen werden müssen. Denn welches sachliche Interesse sollte dieser daran haben, daß der Bürge seinerseits mit Erfolg Rückgriff nimmt? Der Gläubiger hat mit seiner Befriedigung alles erhalten, was ihm zusteht. Es besteht für ihn grundsätzlich auch keine Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß der Bürge von den Rückgriffsschuldnern schadlos gehalten wird. Eine solche Verpflichtung läßt sich für den Regelfall insbesondere nicht aus dem Bürgschaftsvertrag entnehmen. Sinn der Bürgschaft ist es, daß der Bürge den Gläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners schadlos hält; daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber für dessen erfolgreichen Regreß einstehen soll, würde dem aufgezeigten Zweck der Verbürgung zuwiderläufen und wird daher kaum vorkommen. Anders wäre es beispielsweise, wenn der Gläubiger die Forderung an einen Dritten verkauft und die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernommen hätte. Hier wäre wegen der Gewährleistungspflicht ein eigenes sachliches Interesse des Gläubigers an der Einklagung der Forderung zu bejahen.

Die Klage des befriedigten Gläubigers als Inkassomandatar des Bürgen ist daher - wenn man mit der Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre ein eigenes sachliches Interesse des Klägers verlangt - wegen fehlender Prozeßführungsbefugnis in aller Regel für unzulässig zu halten.

1) RG JW 1926, 2908.
2) RGZ 91,390 ff;166,238;ebenso BGH MDR 1958,231;BGHZ 30,166; BGH LM § 50 ZPO Nr.6. Anders noch RGZ 73, 308.
3) Anders z.B. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., S.196.

Hält man dagegen ein sachliches Interesse des Prozeßstandschafters für entbehrlich[1], so fragt es sich, ob der Gläubiger sich zur Geltendmachung der Wechselforderungen für den Bürgen auf seine fortbestehende formelle Legitimation berufen kann. Die Frage ist zu verneinen. Wenn der Gläubiger die Ansprüche als Inkassomandatar des Bürgen geltend macht, so steht damit seine materielle Nichtberechtigung fest; sachlich berechtigt ist nach dem eigenen Vorbringen des prozeßführenden Gläubigers der Bürge. Wenn aber die sachliche Nichtberechtigung feststeht, so nützt die formelle Legitimation allein nichts; der Schuldner braucht an den nur förmlich ausgewiesenen Wechselbesitzer nicht zu leisten[2]. Der Gläubiger kann in diesem Falle mit seiner Klage nur durchdringen, wenn er seine Prozeßführungsbefugnis dartut und notfalls beweist. Seine formelle Legitimation kann ihm dabei nicht helfen; ebensogut hätte der berechtigte Bürge jeden Dritten zur Einklagung der Wechselsumme ermächtigen können[3].

c.) Ähnlich zweifelhaft wie die Befugnis des nur sachlich Berechtigten zur Protesterhebung ist die Frage, ob der förmlich nicht-legitimierte Wechselinhaber das Papier weiterin-

---

1) So u.a. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., S.196. Offensichtlich auch das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung in JW 1926, 2908.

2) Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13.Aufl., Art. 40 Anm.22.

3) Allerdings ist zur Durchsetzung der Wechselrechte der Besitz des Papiers notwendig, da der Schuldner nur gegen Aushändigung des Wechsels zu zahlen braucht.

dossieren kann[1]. Eine weit verbreitete Auffassung nimmt an, daß der nur materiell Berechtigte zur Indossierung nicht befugt sei[2]. Kein hinter der Unterbrechung der Indossamentenkette stehender Indossatar - so wird geltend gemacht[3]- könne sich auf die Wirksamkeit des die Lücke ausfüllenden Rechtsüberganges verlassen. Dadurch werde der Zweck des Indossamentes, die Umlaufsfähigkeit des Wechsels zu sichern und damit der Sicherheit des Wechsels zu dienen, in unerträglicher Weise beeinträchtigt.

Der dargelegten Auffassung ist zuzugeben, daß das Indossament durch den nur sachlich Berechtigten die wechselrechtliche Legitimationswirkung nicht haben kann. Ein gutgläubiger Erwerb des Indossatars gemäß Art.16 WG wäre bei Fehlerhaftigkeit der bürgerlichen Rechtsnachfolge ausgeschlossen, und ein Wechselschuldner könnte sich bei Zahlung der Wechselsumme an den Indossatar nicht auf die Schutzvorschrift des Art.40 Abs.3 WG berufen. Die Gültigkeit des außerwechselmäßigen Rechtsüber-

---

1) Wenn der Bürge den Wechsel erst nach Erhebung des Protestes mangels Zahlung eingelöst hat - das wird bei der Bürgschaft für einen Regreßschuldner meistens der Fall sein -, so stellt die Frage sich nicht. Gemäß Art.20 Abs.1 S.2 WG hat nämlich das Indossament nach diesem Zeitpunkt ohnehin nur die Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung.

2) RGZ 114,365 (368); 43,39 (44);Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht,S.49, 585;Knur-Hammerschlag,Komm.zum Wechselgesetz, Art.11 Anm.2;Mansfeld,Wechsellegitimation und Wechselberechtigung,LZ 1912,577 (587);Michaelis, Wechselrecht,Art.9 WO Anm.26;Quassowski-Albrecht,Wechselgesetz,Art.11 Anm.2; Art.16 Anm.10; G.und D.Reinicke,Die Unterschrift auf der Rückseite eines Wechsels zu Garantiezwecken,BB 1956,387 (389);Rilk,Komm.z.Wechselgesetz,S.83;Stanzl,Wechsel-, Scheck-und sonstiges Wertpapierrecht,S.65;v.Godin in RGRK-Komm.z.HGB,2.Aufl., §365 Anm.7.

3) Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, S.585; Quassowski-brecht, Wechselgesetz, Art.11 Anm.2.

ganges müßte vielmehr besonders nachgewiesen werden. Der Indossierung durch den formell nicht ausgewiesenen Berechtigten kann demnach keine Legitimationswirkung zukommen. Daraus folgt aber nicht zwingend, daß einem solchen Indossament auch die Haftungs- und Übertragungswirkung abzusprechen sei. Das Wechselgesetz knüpft zwar an ein Indossament des förmlich Berechtigten die Legitimationswirkung, es enthält aber umgekehrt keine Bestimmung, daß nur ein Indossament mit dieser Wirkung gültig sei[1].

Auch die Erfordernisse des Wechselverkehrs und der Grundsatz der Wechselstrenge gebieten keine andere Beurteilung. Gewiß können Schwierigkeiten dadurch entstehen, daß das Indossament durch den nur sachlich Berechtigten keine formelle Legitimation des Erwerbers schafft und deshalb der die Lücke ausfüllende zivilrechtliche Rechtsübergang nachgewiesen werden muß. Wegen dieser Schwierigkeiten aber dem Indossament des förmlich Nichtlegitimierten jede Wirksamkeit zu versagen, besteht kein hinreichender Grund. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß auch im formstrengen Wechselrecht die materielle Berechtigung das Ausschlaggebende bleiben müsse[2]. Das wird sogar von einem Teil der Gegenmeinung anerkannt, indem die nur sachliche Berechtigung für die Indossierung dann für ausreichend gehalten wird, wenn die Wechselrechte im Wege der Gesamtnachfolge (Erbfall, Fusion) auf den Indossanten übergegangen waren[3]. In der Sache besteht aber, was dieses Problem angeht, kein Unterschied zwischen der Einzel- und der Gesamtnachfolge;

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl.,Art.16 WG Anm.13.

2) Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., § 365 Anm.13.

3) RGZ 43, 44; Locher, Das Recht der Wertpapiere, S.101;Michaelis, Wechselrecht, Art.36 WO Anm.6; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Art.11 Anm.2.

in beiden Fällen besteht vielmehr die Schwierigkeit allein darin, daß die Gültigkeit des außerwechselmäßigen Rechtsüberganges bewiesen werden muß. Das kann bei der Gesamtnachfolge möglicherweise schwieriger sein als bei der Einzelnachfolge.

Mit der vordringenden Ansicht ist daher das Indossament des nur sachlich Berechtigten für wirksam zu halten[1]. Es kann also auch der Bürge, der durch Befriedigung des Gläubigers in dessen wechselrechtliche Position gerückt ist, den Wechsel weiter indossieren[2].

Ein solches Indossament hat - abgesehen von der Legitimation - die gewöhnliche Wirkung: die Wechselrechte gehen auf den Indossatar über (Transportfunktion), und es wird eine wechselmäßige Haftung des Bürgen begründet (Garantiefunktion). Indossiert der Erwerber den Wechsel weiter, so sind die Indossamente der neuen Kette voll wirksam[3]. Sie haben auch Legitimationswirkung; der gutgläubige Indossatar erwirbt, falls der bürgerlichrechtliche Rechtsübergang nach § 774 Abs.1 S.1 BGB in Ordnung ist, das Eigentum am Wechsel auch vom Nichtberechtigten gemäß Art.16 Abs.2 WG, und jeder Wechselschuldner kann sich bei Zahlung auf die übrigen Indossamente, auch die

---

1) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.16 WG Anm.13; Hueck,Recht der Wertpapiere, S.49; Kessler, Wechselgesetz, Art.11 Anm. 2;Schlegelberger-Hefermehl, HGB, 4.Aufl., § 365 Anm.13; Schumann, Handelsrecht, Bd.II, S.362;Staub-Stranz,Komm.z. Wechselgesetz, 13.Aufl.,Art.11 Anm.7, 18 und 23; Art.14 Anm.3; Art.16 Anm.13; Ulmer, Recht der Wertpapiere, S.216.

2) So ausdrücklich: Staub-Stranz, Komm. z. Wechselgesetz, 13.Aufl., Art.11 Anm.23.

3) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Art.16 WG Anm.13.

hinter der Unterbrechung stehenden, verlassen (Art.40 Abs.3 WG), wenn die Lücke in der Kette durch den Nachweis des Erwerbs durch den Bürgen überbrückt ist.

Lebenslauf

Am 16.7.1935 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Johannes Mönnig und seiner Ehefrau Agnes, geborene Funke, in Münster geboren.

Von 1941 bis 1943 besuchte ich die Erpho-Volksschule in Münster und von 1943 bis 1945 die Volksschule in Marhorst (Oldenburg). Ostern 1946 wurde ich Schüler am städtischen Ratsgymnasium in Münster, wo ich am 3.3.1955 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Wintersemester 1961 studierte ich in Münster Rechtswissenschaft. Am 27.5.1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung. Den anschliessenden juristischen Vorbereitungsdienst beendete ich am 3.8. 1965 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf. Seit dem 1.11.1965 bin ich Assistent an der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.